

THÈSE DE
PARIS,

1890

N^o.

8325^A

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES NULLITÉS DE MARIAGE

EN DROIT ROMAIN

ET

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Louis BOULY DE LESDAIN

AVOCAT

PARIS

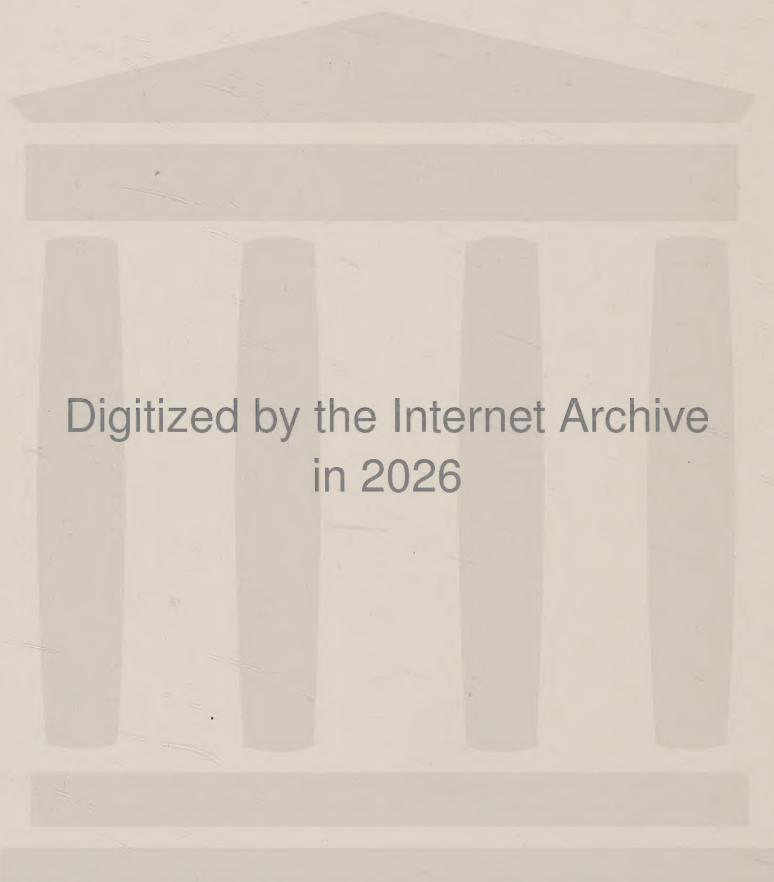
L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1890





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547921_0003

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR. LE DUC

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES NULLITÉS DE MARIAGE

EN DROIT ROMAIN

ET

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 23 Janvier 1890, à deux heures et demie

PAR

Louis BOULY DE LESDAIN

AVOCAT

PRÉSIDENT : M. BOISTEL

SUFFRAGANTS	{	MM. DEMANTE	{	PROFESSEURS
		GARSONNET		
		GIRARD		AGRÉGÉ

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1890



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE



A MA MÈRE

DES NULLITÉS DE MARIAGE

EN

DROIT ROMAIN.

AVANT - PROPOS.

GÉNÉRALITÉS.

Les historiens et les poètes de l'antiquité semblent avoir gardé un lointain souvenir d'une époque antérieure à toute civilisation, où les rapports des sexes n'auraient été réglés ni par la religion, ni par les lois, où il n'y aurait pas eu, à proprement parler, de mariage, mais de simples rapprochements fortuits sans autre règle que le caprice ou le hasard¹. Dans ces dernières années, quelques anthropologistes ont repris cette thèse sous une forme plus scientifique, et, s'il fallait les en croire, la communauté absolue des femmes aurait été la première phase de l'union conjugale pour toute l'humanité².

Rome a-t-elle connu ces mœurs?

¹ Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, éd. Esmein, p. 18.

² Giraud-Teulon, *Origines du mariage et de la famille*, pp. 1 et suiv. —
Contrà : Letourneau, *L'évolution du mariage et de la famille*, p. 48.

Lucrèce nous parle d'une époque où les hommes

Neque ullis
Moribus inter se scibant nec legibus uti
.
Et Venus in silvis jungebat corpora amantum¹,

Horace, qui l'a si souvent imité, nous les montre également

Venerem incertam rapientes more ferarum².

Faut-il voir dans ces peintures un dernier reflet de quelque antique tradition? Ne doit-on pas, au contraire, les regarder uniquement comme un lieu commun poétique, prélude obligé de tout éloge de la civilisation? Cette seconde hypothèse nous paraît beaucoup plus vraisemblable.

Cependant le mariage par capture, auquel semble faire allusion l'ami de Mécène, mérite de nous arrêter un instant. Réel ou simulé, le rapt est encore aujourd'hui, pour un certain nombre de peuplades sauvages, le seul mode de se procurer des femmes ou de solenniser l'union conjugale³; il semble avoir laissé des traces assez sérieuses dans l'histoire et le cérémonial des Romains.

Au début même de leurs annales, les historiens placent la légende de l'enlèvement des Sabines⁴; et, dans les cérémonies

¹ *De natura rerum*, V, 955 et suiv.

² *Satires*, L. I, III, 109.

³ Letourneau, *l'Évolution du mariage et de la famille*, pp. 110 à 129.

⁴ Tite-Live, I, 9; Denys d'Halicarnasse, II, 30; Cicéron, *De Republica*, II, 7; Plutarque, *Romulus*, 14. Suivant M. Fustel de Coulanges, cette légende de l'enlèvement des Sabines, qui est devenue, avec le temps, l'histoire d'un rapt, était, à l'origine, la légende de l'acquisition du *connubium* avec les Sabins. *La cité antique*, p. 429.

qui accompagnent encore à la fin de l'époque classique la *deductio in domum* de nombreux détails éveillent l'idée de rapt et de combat. Les cheveux de la jeune fille sont retenus par une épingle, *hasta cœlibaris*, qui doit avoir été trempée dans le sang d'un gladiateur¹; c'est avec une violence feinte qu'elle est enlevée des bras de sa mère²; et c'est encore soulevée dans les bras de son époux qu'elle franchit le seuil de sa nouvelle demeure³.

Cependant, aussi loin que l'on puisse remonter avec un peu de certitude dans l'histoire des institutions romaines, le mariage se présente avec un tout autre caractère : il est, avant tout, un acte religieux.

C'est une idée religieuse, le culte des ancêtres, qui sert de base à l'organisation de la famille antique⁴. Au centre de chaque demeure s'élève le foyer sacré qui en est le symbole, et l'autorité illimitée dont jouit le *pater* découle du sacerdoce domestique dont il se trouve naturellement investi. Le mariage est l'acte par lequel une jeune fille abandonne la religion de sa famille pour se faire initier aux *sacra privata* de son époux⁵; son but principal est la procréation d'un fils qui continue la descendance pour perpétuer le culte; il ne se dissout que par la mort⁶.

¹ Plutarque, *Romulus*, 15; *Questions romaines*, LXXXVII. Cf. cependant Festus, v° *Cœlibari hasta*.

² Festus, v° *Rapi*.

³ Plutarque, *Romulus*, 15; *Questions romaines*, XXIX.

⁴ Nous ne faisons que résumer ici le livre II de *La cité antique*.

⁵ L'antériorité du mariage par *confarreatio* sur les autres types d'union conjugale est généralement admise aujourd'hui. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 368; Esmein, *La manus, la paternité, le divorce*, p. 4; Beauchet, *Étude sur les formes de la célébration du mariage*, p. 5; Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, n° 6; Bernhoft, *Staat und Recht der Römischen Koningzeit*, p. 139; Kuntze, *Excursus*, p. 583.

⁶ L'indissolubilité primitive du mariage par *confarreatio* est attestée par

Le célibat est interdit, car un foyer ne doit jamais s'éteindre¹. Le père a le droit de contraindre ses enfants au mariage : leur propre consentement ne fut exigé que plus tard. L'aptitude à la génération chez les deux époux, l'absence de tout lien de parenté trop rapproché, l'accomplissement des cérémonies religieuses de la *confarreatio* sont les autres conditions requises pour l'existence des *justæ nuptiæ*. L'étranger, exclu de tout culte, ne peut naturellement contracter une union régulière.

Il n'est pas le seul qui se trouve dans cette situation inférieure. A côté des patriciens, du peuple des *gentes*, un autre groupe d'individus habitent les collines des bords du Tibre : nous avons nommé les plébéiens. Débris d'anciennes populations vaincues, bandits réfugiés des quatre coins du *Latium* autour de l'asile du Capitole, clients parvenus à rompre les liens qui les rattachaient à une *gens*², les plébéiens sont hors de la religion, hors de la loi, hors de la société, hors de la famille³. Non seulement ils ne peuvent mêler leur sang à celui des *patries*, mais pour eux aucun mariage n'est possible ; les sénateurs diront plus tard : *Conubia habent ferarum prope ritu*⁴.

Cette distance énorme qui séparait primitivement les deux ordres diminua cependant peu à peu.

Sous l'amas de légendes dont la vanité romaine se plut à orner les origines de la ville, la véritable histoire est presque impossible à retrouver. On peut néanmoins conjecturer, avec assez

Denys, II, 25. Encore au II^e siècle, les *nuptiæ farreatæ* du flamme de Jupiter ne pouvaient se dissoudre par le divorce. Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, X, 15, 23 ; Festus, v^o *Flammeo*.

¹ Denys d'Halicarnasse, IX, 22.

² Fustel de Coulanges, p. 278 ; Madvig, *l'État romain*, trad. Ch. Morel, t. I, pp. 88-89.

³ Fustel de Coulanges, p. 281.

⁴ Tite-Live, IV, 2.

de vraisemblance qu'à l'avènement de Tarquin correspond une conquête de Rome par les Étrusques¹. Ennemis naturels des *patres*, les conquérants s'appuyèrent pour gouverner sur la plèbe. La constitution de Servius Tullius la fit entrer dans la cité, et, parmi les lois que ce prince publia pour elle², le mariage ne fut probablement pas oublié.

La révolution de 509, renversant à la fois la domination étrangère et l'autorité des rois, fit passer la plénitude du pouvoir entre les mains des patriciens. Les lois données par Servius à la plèbe lui furent aussitôt retirées³; il n'y eut là toutefois qu'un temps d'arrêt assez court dans le développement de la classe inférieure.

Nous n'avons pas à faire ici l'histoire de cette lutte entre les deux ordres qui occupe tout entière, pendant un siècle et demi, l'histoire intérieure de Rome; deux faits seulement doivent nous arrêter un instant, car ils se rattachent directement à notre sujet.

En 461, le tribun Terentilius Arsa demanda la confection d'un code de lois communes à toute la cité. Après une résistance que le Sénat eut l'art de prolonger pendant dix ans, la proposition finit par être adoptée; dix magistrats, *decemviri*, furent élus dans les comices pour rédiger les nouvelles lois. Deux ans après, la *lex XII tabularum* établissait un droit commun aux patriciens et aux plébéiens⁴.

Relativement à la question qui nous occupe, trois innovations considérables apparaissent dans ce document.

C'est d'abord la reconnaissance d'un nouveau mode de formation du mariage, la *coemptio*, vente fictive de la femme au

¹ Duruy, *Histoire des Romains*, t. I, p. 127.

² Denys d'Halicarnasse, IV, 13.

³ Denys, IV.

⁴ Tite-Live, III, 9 et suiv.

mari produisant, sauf au point de vue du culte¹, les mêmes effets que le mariage par *confarreatio*, mais dissoluble au gré du mari².

Vient ensuite ce que les interprètes ont appelé le mariage libre, reposant uniquement sur la commune affection des parties, et dissoluble à leur volonté. Ce type d'union conjugale se présente avec des caractères qui le distinguent bien nettement des deux autres. Tandis que le mariage par *confarreatio* ou par *coemptio* est un contrat solennel, productif d'obligations durables, ne pouvant se dissoudre que par la mort, ou encore, dans le second cas, par la volonté du mari, l'union libre, au contraire, n'est guère qu'un état de fait; elle suppose la réunion et la permanence de trois conditions : consentement des époux, consentement des personnes en la puissance desquelles ils se trouvent, possibilité physique de la vie commune³; si l'un ou l'autre de ces trois éléments vient à disparaître, le mariage prend fin.

La femme ne tombe pas sous la *manus* de son mari, elle reste dans sa propre famille, en la puissance de son père ou de son tuteur. Elle ne prend aucune part aux *sacra privata* de son époux, et n'a pas droit au nom respecté de *materfamilias*⁴.

Enfin, dernière innovation, la cohabitation non interrompue

¹ Les enfants issus *ex confarreatis nuptiis* pouvaient seuls être admis à certains sacerdoces. Tacite, *Annales*, IV, 16.

² Plutarque, *Questions romaines*, XXII. Cf. Esmein, *La manus, la paternité, le divorce*, p. 12; Labbé, sur l'*Explication des Institutes* d'Ortolan, t. I, p. 686, note 3.

³ Labbé, *ibid.*, p. 685.

⁴ Cicéron, *Topiques*, III, 14; Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, III, 2; IV, 3; XVIII, 6. — Le sens primitif de ce mot finit toutefois par s'altérer. Ulpien déclare que : « *Matremfamilias accipere debemus eam, quæ non inhoneste* » « *vixit... nihil intererit, nupta sit, an vidua, ingenua sit, an libertina.* » L. 46, § 1, D., *De verborum significatione*, L. 16.

pendant un an, l'*usus* fait produire au mariage libre tous les effets du mariage avec *manus*¹.

De vives controverses se sont élevées dans ces dernières années sur l'origine de la *coemptio*. M. Fustel de Coulanges y voit un moyen détourné de faire produire à l'union libre les effets de la *confarreatio*²; Bernhoft la croit instituée pour éviter l'année d'épreuve exigée par l'*usus*³; M. Esmein, sans expliquer davantage sa pensée, la regarde comme une production du génie romain, une application subtile et détournée de la *mancipatio*⁴.

A côté de ces divers systèmes qui présentent entre eux de grandes analogies, il en existe un autre, tout opposé, qui considère la *coemptio* comme un lointain souvenir d'une vente réelle de la femme au mari⁵. Cette dernière explication nous semble beaucoup plus acceptable; la vente a été, chez tous les peuples d'origine germanique ou slave, le premier mode de formation du mariage; il n'y aurait rien d'étrange à ce qu'il en eût été de même chez une autre branche de la race aryenne. Quant aux formes sous lesquelles elle se présente, elles sont à peu près calquées sur celles de la *mancipatio*: l'opinion de M. Esmein présente donc, à ce point de vue, sa large part de vérité.

La *coemptio* ne semble pas avoir été d'origine plébéienne: elle eût rendu inutile le mariage libre ou fait double emploi avec l'*usus*. Mais de quelle manière, à quelle époque prit-elle place dans le droit: il est absolument impossible de répondre à ces

¹ Gaius, I, 111.

² *La cité antique*, p. 368.

³ *Staat und Recht der römischen Königszeit*, pp. 187 et suiv.

⁴ *La manus, la paternité, le divorce*, p. 3.

⁵ Viollot, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 344; Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, t. II, p. 578, note 2; Rossbach, *Römische Ehe*, p. 198.

questions. Le peuple romain, c'est une chose qu'il ne faut pas oublier, se compose de trois éléments ethniques bien distincts, mais on n'a pu encore déterminer la part qui revient à chacun d'eux dans la formation générale des institutions.

On admet généralement que la reconnaissance de l'union libre fut une concession faite par les patriciens à la plèbe¹. La loi des XII Tables, sorte de transaction entre les deux ordres, donna une existence juridique à ce que la classe supérieure envisageait primitivement comme un simple concubinage.

M. Labbé, dans un récent travail, a émis l'opinion que de très bonne heure, le mariage libre avait dû prendre un rang honorable à côté du mariage avec *manus* : lorsque la femme était *sui juris*, ses tuteurs, intéressés à conserver ses biens dans leur famille, devaient généralement refuser de consentir à la *conventio in manum*; ce genre d'union avait en effet pour résultat de faire tomber le patrimoine de la femme dans celui du mari².

Cette hypothèse, ingénieuse sans doute, nous paraît cependant quelque peu hasardée. L'organisation primitive de la tutelle des femmes nous est encore fort peu connue, et des textes dont la date se place au commencement du II^e siècle avant Jésus-Christ semblent considérer le mariage avec *manus* comme le régime de droit commun³.

Mais l'égalité civile entre les deux ordres n'était pas encore complète; la onzième Table maintenait toujours l'antique règle :

¹ *La cité antique*, p. 361; Bernhöft, *Staat und Recht der Römischen Königszeit*, pp. 179 et suiv.

² *Du mariage romain et de la manus*, ap. *Nouvelle Revue historique*, janvier-février 1887. Voir encore dans le même sens, Ihering, *l'Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, t. II, p. 189.

³ Notamment le *Mercator* de Plaute (IV, v, 3 et suiv.) représenté probablement peu après 558 de Rome, 196 avant Jésus-Christ (Teuffel, *Histoire de la littérature romaine*, trad. Bonnard et Pierson, t. I, p. 148).

ne connubium patribus cum plebe esset. Cette dernière barrière ne subsista pas longtemps; cinq ans après, le tribun Canuléius en enlevait la suppression, malgré les efforts désespérés de quelques sénateurs.

L'égalité politique suivit l'égalité civile; l'admission des plébéiens au consulat, en 366, ferma pour un siècle et demi l'ère des révolutions. Délivrée de tout souci intérieur, Rome put alors entreprendre ces expéditions qui devaient en faire le plus puissant empire de l'antiquité.

Mais cette gloire que lui procurait la conquête allait être bien chèrement payée. Les guerres de Sicile et de Macédoine, jetant au milieu d'un pays pauvre une énorme quantité d'or¹ et des milliers d'esclaves² bouleversèrent complètement les conditions économiques. Les orgies sacrées de l'Orient, l'impiété de la Grèce, moqueuse avec Plaute, scientifique avec Ennius et Lucrèce, ruinèrent la religion nationale. Les mœurs ne tardèrent pas à subir les mêmes influences, et l'on put bientôt dire, suivant la belle expression de Juvénal, que le monde vaincu par Rome s'était vengé en lui donnant ses vices³.

Décimée par les guerres continuelles, ruinée par les exactions des grands, chassée de tout travail par la concurrence des esclaves, la classe moyenne disparaissait insensiblement. Les antiques *gentes*, dont les chefs formaient le vieux sénat royal s'éteignaient l'une après l'autre. Il ne resta bientôt plus dans Rome, au-dessus d'une populace de pauvres et d'affran-

¹ Une baisse dans la proportion de 400 à 140 dans la valeur de l'argent se produisit à Rome de 269 à 240 avant Jésus-Christ. Belot, *Histoire des chevaliers romains*, t. I, pp. 82, 275, 276.

² Wallon, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, t. II, p. 34; Duruy, *Histoire des Romains*, t. II, p. 298.

³

Sævior armis

Luxuriat incubuit, victumque ulciscitur orbem.

Juvénal, II, 292.

chis, qu'une aristocratie d'hommes nouveaux, sans religion et sans mœurs, maîtres de richesses énormes et de clientèles formidables.

Unis d'abord contre la classe inférieure, ils ne tardèrent pas à se déchirer entre eux. Plus habile, mieux servi par les circonstances, l'un d'eux finit par dominer ses rivaux, et fonda une monarchie absolue en gardant toutes les formes de la République.

D'aussi graves perturbations dans la constitution même de Rome n'avaient pas été sans exercer une influence profonde sur le droit privé. Le mariage libre refoulait peu à peu le mariage *manus*. Les *sacra privata*, nous l'avons déjà laissé entendre, avaient perdu peu à peu leur prestige¹. Les vieilles *gentes*, attachées depuis des siècles au culte des ancêtres, avaient presque absolument disparu; les nobles nouveaux qui s'étaient par esprit d'imitation et désir de se rehausser eux-mêmes créés des aïeux d'une religion domestique, ne témoignaient qu'un attachement médiocre à des rites dont ils ne comprenaient souvent plus le sens. On eût peine à trouver, dans la Rome de Tibère, trois patriciens issus *ex confarreatis nuptiis*².

Non seulement on abandonnait les antiques modes de formation du mariage, mais, chose encore plus grave, on ne se mariait même plus. En 130, le censeur Metellus, effrayé de la décroissance de la population, avait proposé de contraindre les célibataires au mariage³; sa motion avait été rejetée, et le mal, depuis lors n'avait fait qu'empirer. Tite-Live était obligé d'avouer, cent ans plus tard, que Rome serait incapable de

¹ L'existence de la *coemptio interimendorum sacrorum causa*, qui nous est révélée par Cicéron (*pro Murena*, 12), atteste le discrédit dans lequel ils étaient tombés.

² Tacite, *Annales*, IV, 16.

³ Tite-Live, *Épitome*, LIX.

mettre sur pied huit légions¹ : elle en avait levé vingt-trois contre Annibal.

Dans l'essai de réorganisation générale entrepris par Auguste, le mariage ne fut pas oublié : trois lois qui peuvent être comptées parmi les plus importants monuments de la législation romaine, furent successivement présentées au vote des comices : la loi *Julia de adulteriis coercendis*, la loi *Julia de maritandis ordinibus*, et la loi *Papia Poppæa*.

Frapper d'incapacités pécuniaires le célibat et l'union stérile, récompenser au contraire la fécondité par des honneurs et des avantages plus positifs ; relever la dignité du mariage en punissant sévèrement l'adultère, en enlevant à la femme condamnée pour ce crime tout espoir de contracter une nouvelle union, en défendant aux ingénus d'épouser certaines personnes d'une condition abjecte ; faciliter l'union conjugale en supprimant la barrière qui se dressait encore entre ingénus et affranchis, en permettant au fils du captif de se marier valablement sans attendre le retour de son père, en enlevant à ce dernier le droit de s'opposer sans motif à l'établissement de ses enfants : tel fut le triple but que poursuivit l'empereur. Mais d'un autre côté regardant la liberté du divorce comme un principe d'ordre supérieur, il permit à la femme mariée sous le régime de la *manus* de contraindre son mari à lui rendre sa liberté, et le lien produit par la *confarreatio*, regardé autrefois comme le plus sacré qui fut², put lui-même être rompu au moyen de la *diffarreatio*³.

¹ Tite-Live, VII, 25.

² Pline, *Histoire naturelle*, XVIII.

³ Festus, v^o *Diffarreatio*.

On ne peut affirmer d'une manière absolue que ces deux modifications dans le régime de la *manus*, aient été introduites par Auguste ; il y a toutefois d'assez grandes probabilités. Gaïus déclare, après avoir exposé la théorie

La loi *Julia de maritandis ordinibus* rencontra au sein des comices la plus vive opposition; une première fois, en 17 avant Jésus-Christ, les chevaliers réussirent à la faire échouer; ce fut vingt ans après seulement, en 4 après Jésus-Christ, qu'Auguste parvint à la faire adopter.

Le succès du reste ne répondit pas à ses vœux : sans prendre au pied de la lettre les plaintes de Sénèque¹ et les déclamations de Juvénal², les *adulteria magna* auxquels fait allusion Tacite³, les trois mille accusations d'adultère que trouva Dion Cassius à son entrée en charge⁴, suffisent à nous montrer que les mœurs romaines ne cessaient pas de décliner.

De nombreux sénatus-consultes, sur lesquels nous ne nous arrêterons pas, vinrent compléter les lois caducaires. De l'œuvre législative des Césars, nous n'avons plus à mentionner qu'un seul acte : en 49, le Sénat, pour permettre à Claude d'épouser Agrippine, déclara licite le mariage de la tante et du neveu.

Mais au milieu de cette décadence croissante des mœurs, une philosophie nouvelle avait grandi, qui devait exercer une influence profonde sur le développement du droit romain⁵. Basant le droit sur la morale, proclamant le respect de la personnalité humaine, l'indépendance de l'individu vis-à-vis de l'État, la doctrine stoïcienne, montant avec Marc-Aurèle sur le trône des Césars, allait inaugurer une ère nouvelle pour la législation.

de l'*usus*, que « hoc totum jus partim *legibus* sublatum est partim ipsa de « *suetudine* oblitteratum est » (I, 111). On sait que chez les jurisconsultes romains, le mot *leges* désigne souvent les lois caducaires.

¹ *De Beneficiis*, III, 16.

² VI, 229.

³ *Histoires*, I, 2.

⁴ Comme consul en 220.

⁵ Voir Laferrière, *Influence du stoïcisme sur les doctrines des jurisconsultes romains*, ap. *Mémoires de l'Académie des sciences morales*, 1860, p. 579. Cf. Renan, *Marc-Aurèle*, pp. 22-29.

Plusieurs modifications, dont une très grave, furent apportées à la théorie du mariage par les derniers Antonins : un sénatus-consulte interdit au tuteur d'épouser sa pupille avant d'avoir rendu ses comptes ; des *mandata* défendirent à tout fonctionnaire de se marier ou de marier son fils à une jeune fille de sa province ; deux constitutions permirent aux enfants du *mente captus* de se marier librement et enlevèrent au père le droit de contraindre son fils à divorcer¹.

Cette dernière innovation marquait le point de départ d'une évolution nouvelle dans la théorie du mariage. L'union libre, nous l'avons dit plus haut, pouvait être regardée primitivement comme un état de fait, supposant la permanence de trois conditions : volonté des époux, volonté des personnes en la puissance desquelles ils se trouvent, possibilité matérielle de la vie commune. En ne permettant plus au père d'imposer le divorce à ses enfants, Marc-Aurèle portait une première atteinte à cette organisation ; il lui enlevait un de ses éléments d'instabilité. Sans doute, le mariage pouvait encore prendre fin par le divorce ou la captivité de l'un des époux, mais, sous l'influence du Christianisme, ces deux causes de rupture allaient être de plus en plus sévèrement réglementées. Le mariage romain allait insensiblement se rapprocher, sous le Bas-Empire, de ce qu'il était à l'aurore des temps historiques : un contrat solennel et indissoluble.

Ce n'était pas, en effet, la philosophie stoïcienne qui allait accomplir cette régénération du droit, si brillamment inaugurée par elle. Sous le règne de Néron, une autre doctrine, bien plus pure encore, car elle venait d'un Dieu, avait été introduite à Rome, par quelques pauvres Juifs. La persécution s'était bientôt élevée contre elle, lente et continue, avec quelques recru-

¹ Le texte de la dernière constitution ne nous est point parvenu ; elle est mentionnée par Paul, *Sentences*, L. V, t. VI, 15, et par Dioclétien et Maximien dans une constitution qui forma la loi 5, C., *De repudiis*, V, 17.

descences auxquelles on donna le nom de *neuf persécutions*. Mais, suivant la belle expression de Tertullien, le sang des martyrs était comme une semence féconde, et l'Église se relevait plus vigoureuse après chacun des assauts sous lesquels on essayait de l'étouffer. Au commencement du iv^e siècle, le nombre des chrétiens était devenu considérable.

Tout l'Empire à ce moment était en feu. Après la mort de Commode, toute une suite de Césars de rencontre, faits et défaits par l'armée, avaient successivement revêtu la pourpre. Un moment contenue sous la main puissante de Dioclétien, l'anarchie militaire venait de renaître : six compétiteurs se disputaient le trône. L'un d'eux, Constantin, abora la croix sur ses étendards, et bientôt, maître de Rome après la bataille fameuse du pont Milvius, il signait à Milan l'édit qui consacrait le triomphe définitif du Christianisme.

Dès les premiers jours de son existence, l'Église avait proclamé son droit de juridiction sur le mariage. « Sacramentum hoc magnum est, avait dit saint Paul, ego autem dico in Christo et Ecclesia¹. » Les empereurs cependant ne lui abandonnèrent pas ce domaine, de sorte qu'une double législation fonctionna au sein de l'Empire; mais, le droit civil tendit tous les jours à se rapprocher du droit canonique, et les constitutions impériales, en matière de mariage, s'inspirèrent presque toutes des conseils des Pères ou des résolutions des Conciles².

L'abrogation des lois caducaires, en 320, fut la première concession faite par les empereurs à la religion nouvelle; le Christianisme avait hautement proclamé la supériorité du célibat sur le mariage, il en avait fait une obligation à ses ministres : on ne pouvait maintenir des incapacités qui frappaient principalement ces derniers.

Mais c'est dans la réglementation des empêchements au ma-

¹ *I ad Ephesios*, V, 32.

² Troplong, *Influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*.

riage que l'influence de l'Église se fit le plus vivement sentir. Constantin défendit au ravisseur d'épouser sa victime, lors même qu'elle aurait consenti à l'enlèvement; Constance prohiba les unions entre Juifs et Chrétiennes; il supprima le sénatus-consulte Claudien et défendit les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs; Théodose étendit ces prohibitions aux cousins-germains; Justinien, abrogeant la loi *Julia*, effaça les distinctions qui subsistaient encore entre sénateurs et affranchis, et permit aux femmes d'une condition vile d'épouser tous les sujets de l'Empire. Le même prince déclara nul tout mariage contracté par un clerc revêtu des ordres majeurs, et, faisant de l'union conjugale un contrat solennel, exigea pour sa validité la rédaction d'un écrit.

Il y eut toutefois un point sur lequel les deux législations ne parvinrent jamais à s'accorder : nous voulons parler de la dissolution du mariage. Tandis que le droit romain considérait la faculté de divorcer comme étant d'ordre public¹, le Christ avait proclamé l'indissolubilité absolue de l'union conjugale. Les empereurs chrétiens prirent, si l'on peut s'exprimer ainsi, un moyen terme entre ces deux extrêmes; Valentinien et Théodose d'abord, Justinien ensuite fixèrent d'une manière assez étroite les motifs qui pourraient rendre la répudiation légitime, et frappèrent de peines assez graves l'époux qui répudierait son conjoint sans motif². Quant au divorce *bona gratia*, défendu par Justinien³, il fut rétabli par son successeur Justin II.

Nous verrons tout à l'heure, en étudiant les origines de la législation française, que le principe de l'indissolubilité du mariage finit par prévaloir en Occident.

¹ Voir notamment un rescrit d'Alexandre Sévère qui forme la loi 2, C., *De inutilibus stipulationibus*, VIII, 39.

² LL. 1 et 2, C. Th., *De repudiis*, III, 46; LL. 8, 10 et 11, C., *De repudiis*, V, 17; Nov. CXVII et CXXXIV.

³ Nov. CXL.

Les *justæ nuptiæ*, dont nous venons d'esquisser l'histoire, furent, à l'origine et dans le dernier état du droit, le seul type de mariage connu des Romains. Mais, à l'époque classique, l'union de l'homme et de la femme pouvait affecter trois autres formes : le *matrimonium juris gentium*, le *concubinatus* et le *contubernium*.

C'est à une époque encore incertaine que le *matrimonium juris gentium* fit son apparition¹; on admet généralement qu'il est antérieur à l'Empire². Il avait lieu entre personnes libres dont l'une au moins ne jouissait pas de la *civitas*. Caracalla, en accordant le droit de cité à tous les habitants de l'Empire, dut le rendre assez rare; il disparut complètement sous Justinien, avec la suppression des Latins Juniens et des déditices.

De vives controverses se sont élevées dans ces dernières années sur la nature du *concubinatus*. M. Gide a essayé de démontrer qu'il n'était pas une véritable institution, mais une simple cohabitation de fait, dépourvue de tout caractère légal, un concubinage au sens moderne du mot³.

Il en fut certainement ainsi sous la République; la concubine n'était alors qu'une femme vivant maritalement avec un amant⁴. Mais sous l'Empire, en vertu peut-être des lois caducaires⁵, le concubinat reçut une véritable organisation. Les conditions re-

¹ L'expression *matrimonium juris gentium* a été créée par les interprètes; on trouve dans les textes *matrimonium sine connubio* (*Collatio legum mosaicarum*), t. IV, c. V; *matrimonium non legitimum* (L. 37, § 2, D., *Ad municipalem*, L. 1).

² La loi *Julia de adulteriis*, punissait l'adultère de l'*uxor injusta* (L. 13, § 1, D., *Ad legem Juliam de adult.*, XLVIII, 5).

³ *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine.* — Contra : Giraud, *Le concubinat en droit romain*, ap. *Journal des savants*, 1880, pp. 176 et suiv.

⁴ Cicéron, *De oratore*, I, 40.

⁵ *Per leges nomen assumpsit*, nous dit Marcien; L. 12 *Institutionum* (L. 3, § 1, D., *De concubinis*, XXV, 7).

quises pour sa régularité furent à peu près les mêmes que pour les justes noces ; comme elles, il se formait par le simple consentement des parties, et n'en différait guère que *sola animi destinatione*¹ ; la concubine, prise en général dans les dernières classes de la société², n'avait pas droit au titre d'*uxor* ; elle pouvait impunément se livrer à l'adultère³. L'enfant issu de cette union ne tombait pas sous la *patria potestas*, et n'avait, jusqu'au règne de Justinien, aucun droit à la succession de son père. Il est très difficile de dire si, dans le droit classique, sa filiation était certaine à l'égard de celui-ci⁴.

Le Christianisme se montra toujours hostile au concubinat. Constantin d'abord, Zénon, puis Justinien ensuite, poussèrent les concubins à transformer leur union en vrai mariage, leur permettant de légitimer ainsi leurs enfants⁵. Une constitution de Léon le Philosophe le supprima pour l'empire d'Orient⁶ ; dans les provinces occidentales de l'Empire, on en trouve encore des traces jusqu'au ^{xiii}^e siècle⁷.

Le *contubernium* est l'union de deux esclaves ou d'une personne libre et d'un esclave⁸. Abandonné au caprice du maître⁹, il mérite à peine le nom de mariage. La législation classique ne s'en occupe guère que pour veiller sur les droits du propriétaire¹⁰,

¹ Paul, *Sentences*, L. II, t. XX.

² « In concubinato potest esse et aliena liberta, et ingenua, et maxime « ea quæ obscuro loco nata est, vel quæstum corpore fecit. » Marcien, L. 12 *Institutionum* (L. 3 pr., D., *De concubinis*, XXV, 7).

³ Marcien, L. 3, § 1, D., XXV, 7.

⁴ Pour l'affirmative, Pilette, *Lettre à M. de Rozière sur le concubinat*, ap. *Revue historique de droit*, 1865. — Contrà : Gide, *De la condition de l'enfant naturel*.

⁵ LL. 5, 6, 10, 11, C., *De naturalibus liberis*, V, 27.

⁶ Novelle XCI.

⁷ Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen-âge*, t. I.

⁸ Paul, *Sentences*, L. II, t. XIX, 6.

⁹ Voir un curieux passage dans Plutarque, *Caton l'ancien*, 21.

¹⁰ Un sénatus-consulte Claudien déclara que la femme qui entretiendrait

Constantin, en 336, défendit aux femmes, sous peine de mort, le *contubernium* avec leurs propres esclaves¹.

Le seul effet qu'ait jamais pu produire ce genre d'union était de donner naissance à une *cognatio* et une *affinitas serviles*, suffisantes pour faire obstacle au mariage.

Sans négliger absolument les autres types d'union légale, nous allons maintenant étudier en détail les conditions d'existence des *justæ nuptiæ*.

Ulpien en reconnaît quatre² :

1° Consentement des époux ;

2° Consentement des personnes en la puissance desquelles ils se trouvent ;

3° Puberté ;

4° *Connubium*.

N'écrivant que pour des Romains, il suppose chez les contractants la jouissance du droit de cité. Il ne mentionne pas les conditions de formation : le mariage libre, seul pratiqué de son temps, n'exigeait aucune solennité.

Le terme *connubium* n'a pas, dans la langue latine, une signification bien déterminée. Les poètes l'emploient dans le sens de mariage, parfois même commerce illicite³ ; dans la langue juridique, il désigne parfois la capacité absolue, plus généralement la capacité relative de contracter les justes noces⁴ ; on dit alors que telle personne a ou n'a pas le *connubium* avec telle autre.

des relations avec l'esclave d'autrui malgré la volonté du propriétaire, deviendrait l'esclave de celui-ci. Paul, *Sentences*, L. II, t. XXI^a.

¹ L. un., C., *De mulieribus quæ se propriis servis junxerunt*, IX, 11.

² *Règles*, L. III, t. V, 2.

³ Voir les exemples donnés par Forcellini, *Lexicon*, v° *Connubium*.

⁴ Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 209, note 2 ; Ortolan, *Explication des Instituts*, t. I, p. 87 ; Mispoulet, *Revue de philologie*, 1884, p. 122.

La capacité relative tient à l'absence des circonstances suivantes :

- a. parenté,
- b. alliance,
- c. inégalité de condition,
- d. exercice d'une fonction publique dans les provinces,
- e. gestion d'une tutelle ou d'une curatelle,

Deux incapacités nouvelles, l'une absolue, l'autre relative, furent encore créées sous le Bas-Empire : l'engagement dans les ordres sacrés, et la différence de religion entre Chrétiens et Juifs.

Si l'une ou l'autre des conditions que nous avons énumérées venait à manquer, il n'y avait pas de mariage : « Nec vir, nec « uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligebatur¹. » Pour employer une expression plus moderne, le mariage était inexistant.

Cette inexistence avait lieu de plein droit : il n'était pas besoin qu'elle fût prononcée par un magistrat. Lorsque deux époux reconnaissaient avoir contracté une union *nefaria vel incesta*, ils n'avaient qu'à se séparer volontairement²; la nullité d'un mariage ne pouvait jamais être débattue en justice par voie d'action principale.

Si le mari détenait une femme épousée contre le gré de son *pater*, celui-ci pouvait, par l'interdit *de liberis exhibendis*, le contraindre à lui représenter sa fille, par l'interdit *de liberis ducendis* la ramener chez lui³. Lorsque la femme était *sui juris* et que le mariage se trouvait nul, si le mari prétendait la garder avec lui, un autre interdit, *de homine libero exhibendo*,

¹ Institutes, L. I, t. X, 12.

² Papinien, *L. sing. de adulteriis*, constitution de Dioclétien et Maxilien, ap. *Collatio legum...*, t. VI, c. V et VI.

³ Voir le titre *De liberis exhibendis, etiam ducendis*, D., XLIII, 30.

était ouvert à tout venant pour lui faire rendre sa liberté¹.

Il est à noter, du reste, que la violation des prescriptions légales en matière de mariage constituait généralement un délit, et se trouvait punie quelquefois des peines les plus sévères; l'union incestueuse, le rapt, le mariage entre Chrétiens et Juifs, pouvaient même être poursuivis par voie d'action populaire.

Le mariage, nul seulement à raison d'un empêchement temporaire, devenait valable par la disparition de cet empêchement. C'est ainsi que l'union nulle pour impuberté, pour défaut de consentement du *pater*, à raison de la dignité du mari, par suite des fonctions qu'il exerçait dans la patrie de sa femme, prenait une existence légale par la survenance de l'âge requis, par le consentement ou la mort du *pater*, par la dégradation du mari, par son changement de résidence.

D'un autre côté, dans le droit classique, un mariage régulièrement contracté perdait toute valeur juridique si un fait postérieur, adoption ou adrogation, élévation du mari à la dignité de sénateur, venait à mettre les conjoints dans une situation telle qu'ils ne pourraient plus s'épouser valablement. Nous n'insisterons pas davantage ici sur ces singularités, qui disparurent d'ailleurs complètement sous Justinien.

Ajoutons enfin que les empêchements au mariage pouvaient quelquefois être levés par des dispenses. En 186, le Sénat permit à l'affranchie Hispala Fecenia, dénonciatrice des Bacchantes, d'épouser un ingénu². Il est fait mention, au Digeste, d'autorisations données par le prince à des sénateurs pour épouser des affranchies³, à des tuteurs pour s'unir à leurs pupilles⁴.

¹ Voir le titre *De homine libero exhibendo*, D., XLIII, 29.

² Tite-Live, XXXIX, 49.

³ L. 34, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

⁴ L. 7, C., *De interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem*, V, 6.

CHAPITRE PREMIER.

ABSENCE OU VICES DU CONSENTEMENT DES ÉPOUX.

A l'époque classique, le consentement des époux est, théoriquement du moins, la première condition requise pour l'existence du mariage. « Nuptiæ consistere non possunt, nous dit « Paul, nisi consentiant omnes¹. »

Il en résulte cette conséquence, que le *furiosus*, incapable de consentir, est également incapable de se marier²; à plus forte raison doit-il en être de même du *mente captus*.

Le sourd-muet, au contraire, peut manifester un consentement par signes : il lui est donc possible de contracter mariage. Toutefois la *coemptio*, exigeant l'emploi de formules consacrées, lui demeure naturellement inaccessible.

Il est nécessaire que le consentement soit sérieux : « Simulata nuptiæ nullius momenti sunt³. »

Il faut, en outre, qu'il n'ait pas été obtenu par violence, et qu'il ne soit pas le résultat d'une erreur.

Reconnue déjà par les jurisconsultes classiques, la nécessité du consentement libre fut encore proclamée par Dioclétien⁴.

¹ L. 35, ad Edictum (L. 2, D., De ritu nuptiarum, XXIII, 2).

² Paul, L. 28, ad Edictum (L. 16, § 1, D., XXIII, 2).

³ Gaius, L. 2, ad legem Juliam et Papiam (L. 30, D., XXIII, 2).

⁴ L. 14, C., De nuptiis, V, 4.

Les empereurs chrétiens s'occupèrent surtout d'une espèce particulière de violence, du rapt.

Constantin punit ce crime des peines les plus sévères, et défendit le mariage entre le ravisseur et la jeune fille enlevée, lors même que celle-ci aurait consenti à son enlèvement; Constance étendit cette décision au cas de rapt d'une veuve ou d'une religieuse; Gratien, moins sévère, décida qu'après cinq ans un tel mariage deviendrait inattaquable. Justinien abolit cette prescription : il déclara que le ravisseur serait toujours puni de mort, même au cas où sa victime serait sa propre fiancée; s'il parvenait à se soustraire au supplice, il ne pouvait jamais épouser celle qu'il avait enlevée¹.

On ne trouve au Digeste aucun texte s'occupant de l'erreur en matière de mariage; ce silence des jurisconsultes romains n'a rien de bien surprenant : comme ils étaient avant tout gens pratiques, ils ne s'amusaient guère à disserter sur des hypothèses purement spéculatives. L'erreur sur l'identité physique, en effet, ne s'est jamais présentée qu'en pure théorie; à part l'exemple classique de Jacob et de Lia. On n'a jamais pu citer aucun mariage entaché d'un semblable vice. On pourrait presque dire la même chose de ce que nous appelons erreur sur l'identité civile : en France, depuis cent ans, il ne s'est présenté qu'une seule demande en nullité de mariage basée sur ce motif; dans l'antiquité où les déplacements, plus difficiles que de nos jours, étaient par cela même moins fréquents, il devait être fort peu aisé de dissimuler sa véritable identité.

L'histoire célèbre de Barbarus Philippus prouve toutefois que la chose n'était pas absolument impossible.

L'absence du *connubium* chez les pérégrins, la prohibition

¹ LL. 1, 2, 3, C. Théod., *De raptu virginum*, IX, 24; L. un., C. *De raptu virginum*, IX, 13.

faite par la loi *Julia* d'épouser toute une catégorie de personnes ayant encouru des condamnations graves ou se trouvant dans une position sociale inférieure, rendaient inutiles l'admission de l'erreur sur les qualités civiles. Quant à l'erreur sur les qualités morales, aucun peuple civilisé n'en a jamais fait une cause de nullité¹.

Le principe de la nécessité du consentement des époux ne fut pas toujours admis à Rome pour les personnes *alieni juris*; la plupart des auteurs reconnaissent que, dans le très ancien droit, le père de famille pouvait imposer le mariage à ses enfants². Nous n'avons, il faut le reconnaître, aucune preuve directe de cet état de choses, mais on ne saurait le nier sans se mettre en désaccord avec tout ce que nous savons des institutions primi-

¹ M. Glasson (*Du consentement des époux au mariage*, n° 15) a cru trouver au Code un texte s'occupant de l'erreur : c'est une constitution de Justinien, qui forme la L. 11, *De repudiis*, V, 17.

« Jubemus, ut quicumque mulierem cum voluntate parentum : aut si parentes non habuerit, sua voluntate maritali affectione in matrimonium acceperit : etiamsi dotalia instrumenta non intercesserint, nec dos data fuerit : tanquam si cum instrumentis dotalibus tale matrimonium processisset, firmum conjugium eorum habeatur : non enim dotibus, sed adfectu matrimonia contrahuntur. »

« Si quis autem eam, quam sine dote uxorem acceperat, a conjugio suo repellere voluerit; non aliter ei hoc facere liceat, nisi talis culpa intercesserit, quæ nostris legibus condemnatur. »

Le savant professeur voit dans ce texte une preuve que le mariage était valable, quand on épousait une femme pauvre en la croyant riche.

Justinien nous paraît avoir simplement voulu dire :

1° Que le défaut de rédaction d'un *instrumentum dotale* ne rend pas le mariage nul;

2° Que la seule pauvreté de la femme ne peut jamais constituer une juste cause de répudiation.

² Fustel de Coulanges, *La cité antique*, pp. 50-52; Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, n° 3; Summer-Maine, *L'ancien droit*, trad. Courcelle-Seneuil, p. 131.

tives de Rome; on rendrait de plus inexplicables un certain nombre de particularités qui subsistent encore dans le droit classique.

A l'origine, en effet, le *pater* avait, sur tous les membres de sa famille, les droits les plus absolus : il pouvait vendre son fils comme esclave; il pouvait même le mettre à mort. La législation des assemblées, comme l'a très bien dit M. Summer Maine, n'atteignait que les chefs de famille : pour tout autre individu, la règle de conduite était le droit de la maison à laquelle il appartenait, dont son père était le législateur¹.

Mourir sans laisser de descendants était, à la même époque, le plus grand malheur qui pût arriver à un ancien : si le repas funèbre n'était pas offert sur sa tombe, si le sacrifice n'était pas accompli selon les rites, par quelqu'un de son sang, il se trouvait condamné à un malheur éternel. Le grand intérêt de la vie humaine était de continuer la descendance pour continuer le culte². Il serait admissible que, dans de semblables conditions, le droit de marier son fils eût été refusé au père.

Même sous les Antonins, du reste, le mariage contracté par un fils de famille, sur l'ordre de son père, avec une personne qu'il n'eût pas épousée de son plein gré, était encore tenu pour valable par certains jurisconsultes. « Si pater cogente, nous dit « Celse, ducit uxorem, quam non duceret si sui arbitrii esset, « contraxit tamen matrimonium³. » On s'est demandé si la *coactio patris* devait s'entendre d'une véritable violence ou d'une simple crainte révérentielle : nous croyons que, même au II^e siècle, cette dernière idée n'est guère encore romaine.

Quant à la *filiafamilias*, sa liberté paraît avoir été encore

¹ *L'ancien droit*, trad. Courcelle-Seneuil, p. 159.

² Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 50.

³ *L. 15 Digestorum* (L. 22, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

moins garantie. Ulpien déclare qu'une jeune fille ne peut repousser le fiancé présenté par son père, à moins qu'il ne soit *indignus moribus* ou *turpis*¹.

Il est cependant des jurisconsultes qui exigent le consentement des parties, sans faire aucune distinction entre le fils et la fille; Julien est très formel en ce sens : « Sponsalia, sicut nuptiæ, consensu contrahentium fiunt : et ideo, sicut nuptiis, ita « sponsalibus filiafamilias consentire oportet². »

Ces contradictions entre les textes n'ont rien de bien surprenant. Dans le deuxième siècle de notre ère, la famille antique était en voie de pleine transformation. L'autorité souveraine dont jouissait le père aux origines de Rome se voyait tous les jours battue en brèche; on commençait, théoriquement du moins, à reconnaître des droits à l'enfant. Mais ce mouvement d'idées ne rencontra pas le même accueil chez tous les jurisconsultes; tandis que les uns en prirent résolument la tête, d'autres, plus timides, restèrent davantage attachés aux principes de l'ancien droit.

Quelques auteurs ont soutenu néanmoins que, même sous le Bas-Empire, le père de famille avait encore le droit de marier sa fille contre le gré de celle-ci. Ils s'appuient sur une constitution d'Honorius et de Théodose, ainsi conçue :

« In conjunctione filiarum in sacris positarum, patris expectetur arbitrium Sed, si sui juris puella sit, quantum et vice-simum annum constituta : ipsius quoque adsensus explore-tur³. »

Il nous semble résulter uniquement de ce texte que la fille *in sacris*, c'est-à-dire en puissance, ne peut jamais se marier sans

¹ L. sing. de Sponsalibus (L. 12, § 1, D., De sponsalibus, XXIII, 1).

² L. 16 Digestorum (L. 11, D., XXIII, 1).

³ L. 20, C., De nuptiis, V, 4.

le consentement de son père, lors même qu'elle a accompli sa vingt-cinquième année.

Sous Justinien, la *filiafamilias* ne peut certainement plus être obligée de se marier; toutefois, le simple refus d'accepter l'époux que lui présente son père constitue toutefois pour ce dernier une juste cause d'exhérédation¹.

Un autre vestige de l'ancien droit, celui-là plus curieux encore, subsiste dans le Digeste. Lorsqu'un mariage venait à se dissoudre par la mort du mari, la femme ne pouvait, on le sait, contracter une nouvelle union pendant son année de deuil. Si elle enfreignait cette prohibition, elle n'était frappée d'aucune peine, mais son père encourait la note d'infamie. Le nouveau mari subissait en principe le même sort; il y échappait toutefois s'il était *alieni juris*, et n'avait fait qu'obéir aux ordres de la personne en puissance de qui il se trouvait placé; cette dernière était toujours notée².

Il y avait encore une autre catégorie de personnes qui pouvaient quelquefois être contraintes au mariage : nous voulons parler des affranchies.

A l'origine, le patron pouvait toujours épouser son affranchie malgré elle; ce droit lui fut retiré sous le consulat d'Ateius Capito. Il en garda néanmoins un important débris : s'il n'avait affranchi son esclave que dans le but de l'épouser, celle-ci ne pouvait se soustraire à cette union³.

Trois conditions étaient toutefois requises pour que le *manumissor* pût user de ce droit, il fallait :

¹ Nov. CXV, ch. III, § 11.

² L. 1, D., *De his qui notantur infamia*, III, 2.

³ Ulpien, L. 3, *ad legem Juliam et Papiam* (L. 29, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

1° Qu'il eût affranchi son esclave dans l'unique but de l'épouser.

2° Que l'affranchissement eût été spontané.

Si l'esclave lui avait été léguée grevée d'un fidéi-commis de liberté, il ne possédait sur elle aucun droit¹. A plus forte raison en était-il de même si elle s'était rachetée de ses deniers.

3° Enfin, que l'affranchie ne fût pas de ces personnes réputées indignes par les lois caducaires².

Les jurisconsultes s'étaient demandé ce qu'il fallait penser de l'esclave commune à plusieurs maîtres : celui qui l'affranchissait avait-il sur elle le droit en question ? Javolénus s'était prononcé pour la négative ; l'opinion contraire, enseignée par Gaius, avait cependant prévalu³.

L'esclave à qui la liberté avait été conférée par un fils de famille devenait l'affranchie de son *pater* : c'était donc ce dernier qui avait le droit de l'épouser. Il en était autrement, toutefois, lorsque l'esclave se trouvait comprise dans un pécule *castrens*⁴.

A la mort du patron, tous ses fils concurremment pouvaient, en principe, se prévaloir de son droit sur l'affranchie ; mais si, usant du droit que lui conférait un sénatus-consulte rendu sous Claude, il avait exclusivement assigné ses droits de patronage à l'un ou à l'autre de ses descendants, celui-là seul pouvait contraindre la femme à l'épouser⁵.

¹ Marcellus, *L. 3, ad legem Juliam et Papiam* (L. 50, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

² Terentius Clemens, *L. 8, ad legem Juliam et Papiam* (L. 48, § 1, D., XXIII, 2).

³ Gaius, *L. 8, ad legem Juliam et Papiam* (L. 46, D., XXIII, 2).

⁴ Ulpien, *L. 3, ad legem Juliam et Papiam* (L. 48, D., XXIII, 2).

⁵ Terentius Clemens, *L. 8, ad legem Juliam et Papiam* (L. 48, pr. et § 1, D., XXIII, 2).

CHAPITRE II.

ABSENCE DU CONSENTEMENT DES PFRSONNES EN LA PUISSANCE
DESQUELLES SE TROUVENT LES ÉPOUX.

Tous les individus peuvent, à Rome, se diviser en deux grandes catégories : ils sont *sui* ou *alieni juris*.

Les personnes *alieni juris*, à leur tour, se subdivisent en trois classes : elles sont *in potestate*, *in manu* ou *in mancipio*.

Les esclaves sont en la puissance de leur maître ; les enfants procréés en justes noces ou légitimes en la puissance de leur père.

Nous ne dirons rien ici des premiers : leur seule qualité d'esclaves suffit à les empêcher de contracter un véritable mariage. Les enfants en puissance, au contraire, nous arrêteront quelque temps.

Il faut, pour étudier l'autorité paternelle à Rome, se dégager complètement des idées modernes sur cette institution. Elle n'a aujourd'hui d'autre raison d'être que la protection même de l'enfant, et s'évanouit en conséquence, lorsque celui-ci est présumé capable de se diriger par lui-même ; elle appartient au père, et c'est à défaut seulement de celui-ci que la mère ou des ascendants plus éloignés peuvent en posséder une plus ou moins notable partie.

Il n'en est pas de même chez les Romains, surtout aux ori-

gines de leur histoire. La puissance paternelle est une véritable royauté; elle appartient à l'ascendant mâle le plus éloigné, à celui qui, dans chaque famille, remplit les fonctions du ministre du culte domestique; il ne la perd qu'avec la vie. A sa mort elle passe à ses descendants au premier degré; l'enfant ne s'en trouve affranchi que par la mort de tous ses ascendants mâles ou par une émancipation formelle. L'idée d'une majorité émancipatrice est absolument inconnue. Jamais la mère, jamais aucun ascendant maternel n'en peuvent détenir le moindre lambeau.

Si un fils de famille n'a plus que son père, le consentement de celui-ci suffit naturellement pour la validité de son mariage. S'il possède encore son père et son aïeul, tous deux devront donner leur assentiment à son union¹ : l'aïeul, parce qu'il est le chef de la famille; le père, parce que les enfants de son fils seront un jour sous sa puissance, qu'ils seront ses héritiers siens : il est de principe, on le sait, que « *Nemini invito suus heres agnoscitur*². »

Pour une petite-fille, le consentement de l'aïeul fut toujours jugé suffisant. Aucun lien successoral ne devait, en effet, rattacher à leur famille maternelle les enfants qui pourraient naître de ce mariage.

Il y avait encore une hypothèse où, même pour un petit-fils, l'assentiment du père n'était pas requis par les jurisconsultes : s'il épousait une cousine-germaine issue du même aïeul paternel, le consentement de celui-ci suffisait pour la validité de son mariage³.

¹ Paul, *L. 35, ad Edictum* (L. 16, § 1, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

² *Institutes*, L. I, t. XI, 7.

³ Paul, *L. 1, ad Sabinum* (L. 3, D., XXIII, 2). — Accurse voit ici une application du principe posé par la loi 9, pr., et suppose que le père est mort ou furieux; nous préférons suivre l'opinion de Cujas, qui regarde la loi 3 comme une exception aux principes généraux.

Lorsqu'un individu était donné en adoption ou se faisait adroger, il sortait complètement, dans le droit classique, de sa famille naturelle : le droit de consentir à son mariage passait alors au père adoptif ou à l'adrogeant¹.

En 530, une constitution de Justinien décida que l'enfant adopté par toute personne autre qu'un ascendant demeurerait sous la puissance de son propre père, et qu'il acquerrait seulement des droits à la succession de l'adoptant.

Il pouvait arriver que le père refusât son consentement ou qu'il se trouvât dans l'impossibilité de le donner.

S'il le refusait, aucun recours n'était ouvert, à l'origine, contre sa décision. La loi *Julia de maritandis ordinibus* modifia cette situation : elle permit au fils de famille, lorsque son père refusait de consentir à son mariage, de s'adresser au magistrat ; si le refus n'était fondé sur aucun motif sérieux, celui-ci pouvait donner l'autorisation de passer outre². Sévère et Antonin allèrent encore plus loin dans cette voie : ils accordèrent à l'enfant une action pour se faire constituer une dot³.

Trois circonstances pouvaient mettre le père dans l'impossibilité de consentir : la folie, la captivité ou l'absence.

La presque unanimité des anciens jurisconsultes (*omnes pene*, dit Justinien) admettaient que la fille du fou pouvait se marier librement, ils décidaient également que le fils, s'il possédait encore son aïeul, pouvait se contenter de l'assentiment de ce dernier⁴.

S'il n'avait plus que son père, une autorisation impériale lui fut nécessaire, jusqu'au règne de Marc-Aurèle, pour contracter mariage ; à cette époque, une constitution dont le texte ne nous

¹ L. 10, C., *De adoptionibus*, VIII, 48.

² L. 19, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

³ L. 7, C., *De doti promissione*, V, 11.

⁴ Ulpien, L. 26, *ad Sabinum* (L. 9 pr., D., XXIII, 2).

est point parvenu supprima la nécessité de cette formalité. L'empereur toutefois ne parlait que du *mente captus*, de l'idiot : les jurisconsultes se divisèrent sur le point de savoir s'il fallait étendre sa décision au *furiosus*, au fou ayant des intervalles lucides. Justinien tranche la controverse en se prononçant pour l'affirmative¹.

Le père captif ne pouvait évidemment consentir au mariage de son fils : deux hypothèses cependant doivent être distinguées si l'on veut étudier le sort de l'union contractée durant sa captivité.

Lorsqu'il venait à mourir chez l'ennemi, point de difficulté : en vertu d'une fiction juridique introduite par la loi *Cornelia de falsis*, il était censé avoir perdu la vie en même temps que la liberté. Réputé *sui juris* dès cet instant, son fils avait donc pu contracter un mariage valable.

Mais s'il revenait dans sa patrie, une autre fiction, le *postliminium*, le faisait rétroactivement rentrer dans la plénitude de ces droits : le mariage de son fils devait-il être alors tenu pour inexistant ? L'affirmative fut probablement admise à l'origine ; mais, plus tard, une jurisprudence qui semble dérivée de la loi *Julia* proclama la validité du mariage. Les jurisconsultes invoquaient deux arguments à l'appui de leur innovation. Si le père, disait Tryphoninus, n'a pas donné son consentement, il ne l'a pas non plus refusé ; l'intérêt public, d'ailleurs, ne permet pas de condamner quelqu'un au célibat². Deux textes, placés au Digeste, sous les noms d'Ulpien et de Julien, et qui forment les lois 9 et 11, *de ritu nuptiarum*, exigent qu'il se soit écoulé trois ans depuis l'entrée en captivité du père : ne faut-il pas voir là une interpolation de Justinien ? Le silence gardé sur ce point par

¹ L. 25, C., *De nuptiis*, V, 4.

² L. 9 *Disputationum* (L. 12, § 3, D., *De captivis*, XLIX, 15).

Tryphoninus, le rôle important donné au *triennium* dans la législation du Bas-Empire, rendent cette supposition assez vraisemblable.

Les jurisconsultes romains s'occupèrent fort peu de l'absence; on trouve seulement au Digeste deux fragments de Paul et de Julien qui ne permettent au fils de contracter un mariage valable que trois ans après la disparition de son père¹. Nous croyons pouvoir faire ici la même remarque que plus haut.

Aucune condition de forme n'était exigée pour la manifestation du consentement du père; son silence même, lorsqu'il avait connaissance du mariage, était regardé comme une approbation suffisante². Dans l'ancien droit, les fiançailles étaient le mode ordinaire de manifestation de ce consentement.

Il était absolument nécessaire qu'il précédât l'union conjugale; donné après coup, il rendait le mariage légitime pour l'avenir,

¹ Paul, L. 35, *ad Edictum* (L. 40, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2); Julien, L. 32 *Digestorum* (L. 41, D., XXIII, 2).

² Const. de Sévère et Antonin (L. 5, C., *De nuptiis*, V).

Quelques auteurs pensent que, dans l'ancien droit, le consentement du père devait être formel à l'égard des fils. Ils tirent un argument *a contrario* de deux textes de Paul.

Le premier forme la L. 44, D., *De statu hominum*, I, 5; il ressort de ce texte que le consentement du père peut être tacite à l'égard d'une fille : on en conclut qu'il doit être formel s'il s'agit d'un fils. — Mais il ne faut pas oublier que ce passage est emprunté aux *Responsa* : Paul donne une solution à la question qui lui est posée, rien de plus.

Le second texte, extrait du L. 35, *ad Edictum*, forme la L. 7, § 4, D., *De sponsalibus*, XXIII, 4; le père, dit Paul, est réputé consentir aux fiançailles de sa fille, par cela seul qu'il n'a pas fait une opposition évidente. Donc *a contrario*... — Mais on peut très bien supposer que, dans l'hypothèse examinée par notre auteur, le père est fou ou captif : la fille pouvait alors très certainement se marier, tandis que, pour le fils, la question était au moins discutable.

Le fragment de Tryphoninus, que nous avons cité plus haut, nous semble bien prouver que le consentement du père pouvait certainement n'être que tacite, même à l'égard du fils.

mais il n'avait point d'effet rétroactif¹; les enfants à naître devaient être *justi*, les enfants déjà nés demeuraient *vulgo concepti*.

Pendant longtemps, toutefois, les interprètes n'ont vu, dans le défaut de consentement du père, que ce que nous appelons, aujourd'hui un empêchement prohibitif. Ils appuyaient leur opinion sur un texte de Paul : « Eorum qui in potestate sunt, dit « le jurisconsulte, sine voluntate ejus matrimonia non contrahuntur; sed contracta non solvuntur². » Dès l'époque carolingienne, le rédacteur des formules de Sirmond avait interprété le passage dans ce sens : « Les personnes qui sont sous la puissance de leur père ne peuvent se marier sans son consentement; néanmoins, le mariage ainsi contracté, n'est pas nul³. » Cujas⁴ et Godefroy⁵ le traduisaient encore de la même façon.

On n'admet plus aujourd'hui cette manière de voir; le même Paul, dans son commentaire sur l'Édit, proclame trop nettement l'inexistence d'un semblable mariage⁶. Le père ne peut rompre l'union contractée avec son assentiment : voilà le sens de « *contracta non solvuntur*. » Ces mots font allusion à une constitution rendue par Antonin ou Marc-Aurèle; par laquelle l'empereur enlevait au père le droit de contraindre ses enfants à divorcer.

Nous n'avons pas à nous étendre ici sur la *manus*. Quand elle prenait sa source dans le mariage, elle empêchait naturellement la femme de contracter une autre union avant la dissolu-

¹ Paul, L. 48 *Responsorum* (L. 44, D., *De statu hominum*, I, 5).

² *Sentences*, L. II, t. XIX, 2.

³ Eug. de Rozière, *Recueil général des formules*, t. I, p. 290.

⁴ Sur les lois 2 et 10, D., *De ritu nuptiarum*.

⁵ Sur la loi 15.

⁶ L. 35, *ad Edictum* (L. 2, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

tion de la première. Si le mari était *filiusfamilias* et qu'il vînt à décéder avant son père, la femme, se trouvant *loco neptis* vis-à-vis de ce dernier, ne pouvait convoler en secondes noces sans avoir préalablement obtenu son consentement.

Lorsque la *manus* se trouvait établie *fiduciæ causa*, elle constituait un état essentiellement temporaire : le *coemptionator* s'engageait toujours, par un contrat de *fiducie*, à manciper immédiatement la femme.

Les *Institutes* de Gaius, seul ouvrage où nous trouvions quelques détails sur le *mancipium*, sont muettes sur les restrictions qu'il pouvait apporter à la capacité matrimoniale¹. Il est probable cependant que l'homme *in mancipro* devait obtenir pour se marier le consentement de son maître.

Déjà rare à l'époque classique, cette institution avait complètement disparu sous Justinien.

L'énumération que nous venons de faire des personnes *alieni juris* fait naturellement connaître celles qui se trouvent *sui juris* ; on peut les définir : celles qui ne sont soumises à aucune puissance.

Le fils *sui juris* se maria toujours librement.

La liberté de la fille, au contraire, souffrit en cette matière d'assez importantes restrictions.

La femme ingénue put toujours, à l'origine, contracter un mariage libre avec une pleine indépendance ; mais la *conventio in manum*, faisant tomber ses biens dans le patrimoine du mari, ne pouvait avoir lieu sans l'*auctoritas* de son tuteur² ; peut-être même un vote des comices lui était-il primitivement nécessaire lorsqu'elle se mariait en dehors de sa *gens*³.

¹ L. I, 138 et suiv.

² Cicéron, *pro Flacco*, 34.

³ Mommsen, *Le droit public romain*, trad. Girard, t. I, p. 21. — Il invo-

A la fin du second siècle de notre ère, la *manus* avait disparu et la tutelle des femmes n'existait plus que de nom. De nouvelles restrictions, inspirées cette fois par une idée de protection, furent alors apportées à leur capacité matrimoniale. Une constitution de Septime Sévère exigea pour le mariage de la fille *sui juris*, le consentement de sa mère, de son tuteur et de ses proches, avec l'avis conforme du *præses provinciæ*¹. Valens, Valentinien et Gratien décidèrent que la veuve mineure de vingt-cinq ans, même émancipée, ne pourrait contracter une nouvelle union sans l'autorisation de son père, et, à défaut de père, de ses parents les plus proches; l'appel devant le magistrat lui était toujours ouvert². Honorius et Théodose, la constitution de Sévère, étendirent ces mêmes règles à la fille mineure de vingt-cinq ans; ils y ajoutèrent même une disposition assez bizarre : si la jeune fille hésitait entre plusieurs prétendants également honorables, le magistrat devait choisir pour elle³.

Il semble résulter d'un passage d'Ulpien que l'affranchie avait toujours besoin, pour se marier, du consentement de son patron⁴; on ne possède guère toutefois, de renseignements bien précis sur ce point.

que le passage suivant de Tite-Live : « Senatusconsultum factum est.....
« utique Feceniæ Hispalæ datio deminutio, gentis enuptio, tutoris optio
« item esset, quasi ei vir testamento dedisset » (XXXIX, 49).

¹ L. 1, C., *De nuptiis*, V, 4.

² L. 18, C., V, 4.

³ L. 20, C., V, 4.

⁴ *Règles*, XI, 22.

CHAPITRE III.

IMPUBERTÉ.

La procréation des enfants fut toujours le principal, nous dirions presque l'unique but du mariage à Rome; on prenait une épouse *liberorum quærendorum causa*¹. Les individus incapables de remplir les fonctions du mariage étaient naturellement regardés comme incapables de se marier.

Les femmes, de tout temps, furent réputées nubiles à douze ans révolus; la législation ne varia jamais sur ce point².

Il n'en fut pas de même pour les hommes. D'après la constitution de Servius Tullius, ils devenaient légalement pubères à

¹ Ulpien, *Règles*, III, 3; Macrobe, *Saturnales*, I, 16.

Cf. encore Plaute, *Captivi* :

Liberorum creandorum causa, credo, ei uxor data est.

Le mot *uxor* lui-même est un doublet de *auctor* (ombrien *utur*), et signifie *celle qui augmente*. S. Reinach, *Manuel de philologie classique*, t. I, p. 341, note 1.

Il est à remarquer cependant que l'idée de la procréation n'est rappelée dans aucune des deux définitions classiques du mariage.

² Instit., L. I, t. XXII, pr.

Sous l'Empire, elles se mariaient généralement entre leur treizième et leur seizième ou dix-septième année. Friedlander, *Mœurs romaines du règne d'Auguste à la fin des Antonins*, trad. Ch. Vogel, t. I, p. 351.

dix-sept ans : ils prenaient alors rang dans la cité. Comme signe de leur capacité nouvelle, ils échangeaient la *toga prætexta* contre la *toga pura*¹. Mais sous l'Empire, cet usage perdit toute signification, et les jurisconsultes discutèrent sur le moment auquel il convenait de fixer la puberté. Les Sabinien voyaient là une question de fait, à résoudre *ex habitu corporis*; les Proculéiens regardaient comme pubère tout homme âgé de quatorze ans accomplis : le jurisconsulte Priscus exigeait à la fois l'âge et l'aptitude physique à la génération².

Au témoignage de Macrobe, le système des Proculiens était généralement adopté dès le commencement du v^e siècle³. Justinien le consacra définitivement dans ses *Institutes*⁴.

On ne voyait, dans le mariage de l'impubère, qu'une simple cohabitation de fait; elle se convertissait en un mariage régulier, mais sans effet rétroactif, par la survenance de la puberté⁵.

D'après les idées antiques, l'homme à soixante ans, la femme à cinquante, devenaient impropres à la génération. Les lois *Julia* et *Papia Poppæa*, ou plus exactement les sénatus-consultes qui vinrent les compléter, décidèrent que les unions entre personnes de cet âge laisseraient les conjoints soumis aux peines du célibat⁶. Cette disposition fut supprimée par Justinien⁷.

Disons encore, pour en finir avec les incapacités physiques, que le mariage était interdit au *castratus*⁸. Cette défense ne

¹ Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 203.

² Ulpien, *Règles*; XI, 22.

³ *Comment. in Somnium Scipionis*, I, 6.

⁴ L. I, t. XII, pr.

⁵ Pomponius, L. 3, *ad Sabinum* (L. 4, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

⁶ Ulpien, *Règles*, XVI, 3 et 4.

⁷ L. 25, C., *De nuptiis*, V, 4; L. 12, C., *De legitimis heredibus*, V, 68.

⁸ Ulpien, L. 33, *ad Edictum* (L. 31, § 1, D., *De jure dotium*, XXIII, 3); Marcien, L. 4 *Regularum* (L. 14, § 1, D., *De manumissis vindicta*, XL, 2).

s'étendait pas au *spado*, à l'impuissant naturel¹; dans le droit de Justinien, toutefois, s'il n'avait pu, au bout de trois ans, consommer le mariage, son état constituait pour la femme une juste cause de divorce².

¹ J. Godefroy (sur la L. un., C. Théod., *De infirm. pæn. cælib.*, VIII, 16) a soutenu que la loi *Julia* interdisait le mariage aux *spadones*; cette opinion est rejetée par tous les interprètes modernes.

² L. 10, C., *De repudiis*, V, 17; Nov. XXII, ch. VI; Nov. CXVII, ch. XII.

CHAPITRE IV.

JOUISSANCE DU DROIT DE CITÉ.

L'esclave romain était à peine regardé comme une personne : on n'a donc pas besoin de dire qu'il ne pouvait contracter un mariage valable : « Cum servis, déclare Ulpien, nullum est connubium¹. » Le seul genre d'union qui leur fût accessible était le *contubernium*.

Au point de vue de la jouissance du droit de cité, les personnes libres pouvaient se diviser en quatre classes : les citoyens romains, les latins, les pérégrins et les barbares.

Les citoyens romains possédaient, cela va sans dire, le droit de contracter de justes noces.

Il n'en était pas de même de tous les latins : ceux-ci pouvaient, en effet, se subdiviser en trois catégories : des *Latini veteres*, des *Latini coloniarii* et des *Latini Juniani*.

Les *Latini veteres* étaient les anciens habitants du *Latium*. A l'origine, ils possédaient le *connubium*². En 338, après leur révolte malheureuse contre Rome, plusieurs de leurs villes obtinrent le droit de cité; les autres, réduites à la condition de

¹ *Règles*, V, 5.

² Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 124; Madvig, *L'État romain*, trad. Ch. Morel, t. I, p. 70; Marquardt, *Organisation de l'empire romain*, trad. Weiss et Lucas, t. I, p. 33.

populi dedititii, perdirent leur antique privilège¹. Après la guerre sociale, les lois *Julia* et *Plantia Papiria* conférèrent à tous les Italiens le *jus civitatis*².

De bonne heure, les Romains jugèrent utile de créer, dans certaines villes conquises, des postes avancés destinés à couvrir les frontières; ils y envoyaient un certain nombre de citoyens avec leurs familles : telle fut l'origine des premières colonies romaines. Mais plus tard, après l'entière soumission du *Latium*, on jugea plus pratique d'employer dans le même but des Latins, et on fonda des colonies latines³. La loi *Julia* que nous venons de citer les fit disparaître en Italie; toutes devinrent des municipes romains.

En 89 avant Jésus-Christ, une loi *Pompeia* appliqua la constitution qu'elles avaient eue jusqu'alors aux peuples de la Transpadane : ce fut le premier exemple de colonies latines fictives; on en créa dans la suite un assez grand nombre⁴.

Les *Latini juniani* durent leur existence à la loi *Junia horbana*, rendue probablement en 25 avant Jésus-Christ⁵; cette loi se proposait un double but : rendre efficaces des affranchissements autrefois nuls, et empêcher que des individus indignes ne pussent jouir de tous les droits de citoyen.

Devenaient Latins Juniens :

1° L'esclave affranchi par un mode non solennel;

2° L'esclave affranchi par un maître n'ayant sur lui que le *dominium in bonis*;

¹ Tite-Live, VIII, 14; IX, 43.

² Madvig, *L'État romain*, t. III, pp. 26 et suiv.; Marquardt, *Organisation...*, t. I, p. 81.

³ Madvig, t. III, p. 28; Marquardt, t. I, pp. 46, 69, 126.

⁴ Madvig, t. I, p. 76; Marquardt, t. I, p. 83.

⁵ Quelques auteurs la placent en 83 avant Jésus-Christ; d'autres en 19 après. Voir Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 150.

3° L'esclave âgé de moins de trente ans, à moins que l'affranchissement n'ait eu lieu *vindicta*, en vertu d'une juste cause approuvée par un conseil¹.

Leur condition était la même que celle des *Latini coloniarii*; pas plus qu'eux, ils ne possédaient le *connubium*².

Claude décida plus tard que l'esclave malade et abandonné par son maître deviendrait également libre et Latin Junien³; une constitution qui remonte probablement à Antonin, accorda la même faveur à l'esclave vendue sous la condition *ne prostituatur*, lorsque cette clause venait à être violée⁴.

Justinien, en 530, supprima les Latins Juniens; il décida que l'affranchissement serait nul ou conférerait le droit de cité complet⁵.

Les pérégrins étaient les étrangers liés à Rome par un traité d'alliance, ou soumis à sa domination; de même que les Latins Juniens ou des colonies, ils ne pouvaient contracter qu'un *matrimonium juris gentium*.

Le *connubium* leur était cependant quelquefois accordé par mesure spéciale; sous l'Empire, les vétérans en étaient assez souvent gratifiés pour la femme, latine ou pérégrine, qu'ils avaient déjà épousée, ou qu'ils viendraient à épouser dans l'avenir⁶.

¹ Gaius, *Institutes*, I, 17.

² Ulpien, *Règles*, V, 4 et 9.

³ L. un., § 3, C., *De latina libertate tollenda*, VII, 6; L. 2, D., *Qui sine manumissione*, XL, 8; Suétone, *Claude*, 25.

⁴ L. un., § 4, C., VII, 6.

⁵ L. un., pr., C., VII, 6.

⁶ Gaius, I, 157. — Le *connubium* est accordé aux vétérans « cum uxori-
« bus quas tunc habuissent cum est civitas eis data, aut si qui cœlibes essent,
« cum iis quas postea duxissent, dumtaxat singuli singulas. » Voir le *Re-
cueil de diplômes militaires*, publié par M. Léon Renier, nos 9, 10, 11, 12,
14, 15, 19, 20, 21, etc., etc.

Le droit classique ignorait les Barbares : ils étaient naturellement tout aussi incapables que les pérégrins de contracter un vrai mariage. Il est probable cependant qu'au iv^e siècle de notre ère les unions mixtes devinrent, en fait, assez fréquentes, car, en 345, une constitution de Valentinien et Valens prononça la peine de mort contre tout Romain qui épouserait une Barbare¹.

¹ L. un., C. Théod., *De nuptiis gentilium*, III, 14.

CHAPITRE V.

ENGAGEMENT DANS LES ORDRES SACRÉS.

Nous avons vu tout à l'heure que le Christianisme, dès son origine, avait fait du célibat une obligation pour ses ministres.

Justinien, en 530, déclara nul tout mariage contracté par un clerc revêtu des ordres majeurs ; les enfants qui naîtraient d'une semblable union devaient être regardés comme *spurii*, incapables de jamais rien recevoir de leurs parents¹.

Quelques années plus tard, une nouvelle constitution prononça seulement la peine de la déposition contre le clerc qui viendrait à violer ses vœux : l'engagement dans les ordres sacrés ne formait donc plus qu'un empêchement prohibitif².

¹ L. 55, C., *De episcopis et clericis*, I, 3.

² Nov. VI, ch. v.

CHAPITRE VI.

PARENTÉ. — ALLIANCE.

On pourrait presque dire qu'il existait à Rome deux sortes de familles :

1° La famille civile, la vraie famille du droit, qui se composait de toutes les personnes ayant les mêmes *sacra*; elle avait pour sources les justes noces, l'adoption et l'adrogation.

2° La famille naturelle, la famille de fait, comprenant toutes les personnes issues l'une de l'autre ou d'un auteur commun; elle ne reposait que sur les justes noces.

A ces deux catégories de familles correspondaient deux espèces de parenté : l'agnation et la cognation.

Certaines personnes, on le voit, se trouvaient à la fois agnates et cognates, mais ces deux qualités étaient loin de se réunir toujours sur la même tête. Les enfants émancipés et leurs descendants étaient seulement cognats des membres de leur ancienne famille; les parents par les femmes ne se rattachaient entre eux que par le même lien. A l'inverse, les parents par suite d'adoption étaient seulement agnats; une anomalie de langage leur donnait toutefois le nom de cognats¹.

En matière d'empêchement au mariage, on tenait compte à la fois des deux genres de parenté.

¹ « Qui in adoptionem datur, his quibus adgnascitur, et cognatus fuit. » Paul, *L. 35, ad Edictum* (L. 23, D., *De adoptionibus*, I, 8).

Examinons en premier lieu celle qui reposait sur les liens du sang.

En ligne directe, elle forma toujours obstacle au mariage à l'infini¹.

En ligne collatérale, la législation subit quelques variations. A l'origine, le mariage n'était défendu qu'entre frère et sœur, oncle et nièce, tante et neveu; on assimilait les grands-oncles et grand'tantes aux oncles et tantes².

S'il faut en croire Plutarque³, dans le très ancien droit, les unions entre cousins-germains auraient été également prohibées : il n'y eût eu là rien d'étonnant. Suivant la judicieuse remarque de Montesquieu⁴ : « dans les premiers temps, tous les « enfans restoient dans la maison, et s'y établissoient. Les en- « fans de deux frères, ou les cousins-germains, étoient regardés « et se regardoient entre eux comme frères. » A mesure qu'on s'éloigna des temps primitifs, un mouvement, qui dut coïncider à Rome avec la décadence de la *gens*, tendit à séparer de bonne heure les familles : cette défense perdit alors sa principale raison d'être. Tacite nous apprend que ces mariages, rares pendant bien longtemps, étaient devenus assez communs au 1^{er} siècle⁵.

Un caprice de Claude fit introduire, à cette même époque, une grave modification aux anciens principes. L'empereur voulait épouser Agrippine, fille de son frère Germanicus : le Sénat s'empressa de décider que le mariage de l'oncle paternel (*patruius*) avec sa nièce serait désormais permis. Cette innovation

¹ Ulpian, *Règles*, V, 6; Paul, *Sentences*, L. II, t. XIX, 3; Gaius, *Institutes*, I, 59; Justinien, *Institutes*, L. I, t. X, 4.

² Ulpian, V, 6; Paul, L. II, t. XIX, 3 et 5; Gaius, I, 60 et 61; Justinien, L. 1, t. X, 2, 3 et 5.

³ *Questions romaines*, VI.

⁴ *Esprit des lois*, XXVI, 14.

⁵ *Annales*, XII, 16. — Ils étaient redevenus très rares au commencement du v^e siècle; saint Augustin, *De civitate Dei*, L. XV, ch. XVI, 2.

toutefois fut mal vue de l'opinion publique, et l'exemple du prince ne trouva qu'un seul imitateur¹.

Sous l'influence du Christianisme, on revint naturellement à l'ancien droit; en 342, une constitution de Constantin et Constance supprima le sénatus-consulte Claudien, et prononça même la peine de mort contre l'oncle qui épouserait sa nièce². Justinien, tout en maintenant la prohibition, supprima la peine édictée par ses prédécesseurs³.

Une autre constitution, dont on ignore absolument la date, remit en vigueur l'interdiction du mariage entre cousins-germains⁴; elle fut abrogée en 405 par Honorius et Arcadius⁵.

Il importe de noter ici que la parenté, pour faire obstacle au mariage, ne devait pas nécessairement résulter des justes noces : il suffisait qu'elle fût certaine en fait. Des textes assez

¹ Gaius, *Institutes*, I, 62; Ulpien, *Règles*, V, 6; Tacite, *Annales*, XII, 1 à 7; Suétone, *Claude*, 26.

² L. 1, C. Th., *De incestis nuptiis*, III, 12.

³ L. 17, C., *De nuptiis*, V, 4.

⁴ Cette constitution ne nous est connue que par celle d'Arcadius qui la supprime.

⁵ L. 19, C., V, 4.

Cujas, Dumoulin et Fabrot pensent que les mariages entre cousins-germains, permis par le *Code*, étaient encore défendus par les *Institutes*.

Le texte de ce dernier ouvrage est ainsi conçu : « *Duorum autem fratrum, vel sororum liberi, vel fratris et sororis conjungi possunt.* » Ces interprètes ont soutenu que le texte original portait *conjungi non possunt*, et qu'il avait ensuite été corrigé de manière à se trouver en harmonie avec le *Code*.

Ils invoquent trois arguments à l'appui de leur opinion :

A. Le § 3 du titre X des *Institutes* se termine ainsi : « *Ejus vero mulieris quam pater tuus adoptavit filiam non videris impediri uxorem ducere, quia non naturali, neque civili jure tibi conjungitur.* »

Ce passage mentionne une hypothèse où le mariage se trouve permis; or la conjonction *autem*, qui commence notre paragraphe, exprime toujours une opposition : il devait donc primitivement renfermer une prohibition.

B. Le § 5, qui suit le nôtre, commence par ces mots : « *Item amitat, licet adoptivam, ducere uxorem non licet...* » De même on ne peut épouser...

nombreux déclarent qu'on ne pouvait épouser sa parente issue d'un *matrimonium non justum*, d'un *concubinatus*, d'un *contubernium*, ou même *vulgo quæsitæ*¹. C'était là une application de ce principe, sur lequel les jurisconsultes insistaient avec complaisance. « In contrahendis matrimoniis, naturale jus et « pudor inspiciendum est². »

L'adoption était un acte solennel par lequel un citoyen romain *alieni juris* sortait de sa famille naturelle pour tomber sous la puissance d'un autre citoyen; l'adrogation produisait le même effet, mais elle ne s'appliquait qu'à un individu *sui juris*.

Tous les descendants de l'adrogé, sans distinction, passaient sous la puissance de l'adrogeant et entraient dans sa famille;

Il faut donc bien admettre que la phrase précédente renfermait également une interdiction.

C. Théophile écrit, dans sa paraphrase des *Institutes*, que « les enfants « de deux frères ou de deux sœurs, d'un frère et d'une sœur, ne peuvent « s'unir par mariage. »

Cette opinion ne nous paraît cependant pas devoir être adoptée.

La langue de Justinien ne peut être comparée à celle de Cicéron, et les *Institutes* renferment plus d'un tour incorrect.

Le mot *autem* du § 4 se rapporte vraisemblablement à la première phrase du paragraphe précédent : « Fratrîs vero vel sororis filiam uxorem ducere « non licet... Duorum *autem* fratrum vel sororum liberi, vel fratrîs et sororis « jungi possunt. »

Même observation que pour le mot *item* : « Fratrîs vel sororis... *Item* ami- « tam, licet adoptivam ducere uxorem non licet. »

Le § 3 de notre titre pose, du reste, ce principe : que le mariage est permis entre parents au quatrième degré. Il y apporte une seule exception : le grand-oncle ne peut épouser sa petite-nièce. On ne peut donc admettre la version « Duorum *autem* fratrum... liberi... jungi *non* possunt. »

Il faut bien alors reconnaître que la négation insérée dans l'ouvrage de Théophile est le résultat d'une interpolation.

¹ Paul, *L. 35, ad Edictum* (L. 14, § 2, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2); Sœvola, *L. 4 Regularum* (L. 54, D., XXIII, 2); Pomponius, *L. 5, ad Sabinum* (L. 8).

² Paul, *L. 35, ad Edictum* (L. 14, § 2, D., XXIII, 2).

les enfants conçus postérieurement à l'adoption, tombaient seuls sous la puissance de l'adoptant. Sous réserve de cette observation, tout ce que nous dirons de l'adoption pourra être également appliqué à l'adrogation.

Aucun lien n'existait entre l'adopté et les cognats de l'adoptant; la cognation, nous l'avons déjà dit, ne reposait que sur les liens du sang, et ils faisaient ici absolument défaut. On pouvait donc épouser la fille de sa sœur adoptive, ou la sœur utérine de son père adoptif¹.

L'agnation au contraire, ayant pour base la communauté de culte, réunissait le fils adoptif aux agnats de l'adoptant; nous avons déjà signalé l'anomalie de langage qui qualifiait cette parenté de cognation. Le mariage, entre ces derniers, se trouvait prohibé dans la même mesure qu'entre les parents par le sang².

Néanmoins lorsque, par suite d'émancipation, le fils adoptif venait à sortir de sa nouvelle famille il lui devenait, en principe, absolument étranger. Les prohibitions de mariage persistaient cependant toujours dans la ligne directe : on ne pouvait jamais épouser celle qui avait été sa fille ou sa petite-fille adoptive³.

Si, postérieurement au mariage, un beau-père venait à adopter son gendre, cette adoption, dans le droit classique, entraînait la dissolution du mariage. En demeurant l'époux de sa sœur adoptive, le gendre eût commis un inceste : on préférerait voir, dans le consentement qu'il donnait à son adoption, une intention tacite de divorcer. Il existait toutefois pour le beau-

¹ Ulpien, *L. 26, ad Sabinum* (L. 12, § 4, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

² *Institutes*, L. I, t. X, 1.

³ Paul, *Sentences*, L. II, t. XIX, 4; Gaius, *Institutes*, I, 59, 60 et 61; Justinien, *Institutes*, L. I, t. X, 1.

Un texte de Gaius, qui forme la L. 55, D., XXIII, 2, semble contredire cette opinion : « *Patris adoptivi mei matrem, aut materteram, aut nepotem ex filio, uxorem ducere non possum.* » Cujas et Pothier suppriment *materteram*.

père, un moyen d'éviter cet inconvénient : il lui suffisait d'émanciper préalablement sa fille¹.

Les empereurs chrétiens s'efforcèrent toujours de restreindre les causes de dissolution du mariage; Justinien semble admettre, aux Institutes, que le beau-père devra nécessairement émanciper sa fille pour pouvoir adopter son gendre².

Mentionnons encore ici un troisième genre de parenté qui devait, sous le nom d'*affinitas spiritualis*, jouer un assez grand rôle dans le droit canon : Justinien défendit le mariage entre tout enfant baptisé et ses parrains ou marraines³.

L'alliance est le lien qui se forme entre un des époux et les parents de l'autre; à Rome elle pouvait, tout aussi bien que la parenté, résulter du *concubinatus* ou du *contubernium*⁴.

En ligne directe, elle forma toujours obstacle au mariage *in infinitum*.

En ligne collatérale, le droit classique ne la regardait pas comme un empêchement. Cette législation fut modifiée par Constance qui défendit, en 355, les unions entre beaux-frères et belles-sœurs⁵; renouvelée par divers empereurs, cette prohibition fut encore confirmée par Justinien⁶.

Telles étaient les seules défenses édictées par des lois formelles, la coutume les avait toutefois quelque peu étendues. Partant de ce principe que nous avons déjà signalé « Semper « in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est,

¹ Gaius, L. 11, ad Edictum provinciale (L. 17, § 1, D., De ritu nuptiarum, XXIII, 2); Tryphoninus, L. 9 Disputationum (L. 67, § 3, D., XXIII, 2).

² L. 1, t. X, 2.

³ L. 26, C., De nuptiis, V, 4.

⁴ Paul, L. 35, ad Edictum (L. 14, § 3, D. XXIII, 2), L. 4, C., V, 4.

⁵ L. 2, C. Th., De illicitis nuptiis, III, 12.

⁶ L. 5, C., De incestis et inutilibus nuptiis, V, 5.

« sed et quid honestum sit¹, » les jurisconsultes déclarèrent qu'on ne pouvait épouser :

La fiancée de son père ou de son fils ;

La mère de sa fiancée ;

La fille que sa femme divorcée aurait eue d'un second mariage².

La parenté comme l'alliance formait obstacle au concubinat dans la même mesure qu'au mariage³.

¹ Modestin, *L. sing. de Ritu nuptiarum* (L. 42 pr., D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

² Ulpien, *L. 26, ad Sabinum* (L. 12, §§ 1, 2 et 3, D., XXIII, 2); *Instit.*, L. I, t. X, 9.

³ Ulpien, *L. 3 Disputationum* (L. 56, D., XXIII, 2); *L. 2, ad legem Juliam et Papiam* (L. 1, § 3, D., *De concubinis*, XXV, 7).

CHAPITRE VII.

INÉGALITÉ DE CONDITION.

Aux origines de Rome, les plébéiens ne possédaient pas le *connubium*. La *confarreatio* était alors le seul mode de formation du mariage : elle se trouvait naturellement inaccessible à quiconque n'avait point de *sacra*.

L'introduction d'une autre forme de célébration du mariage, la *coemptio*, fit disparaître un grave obstacle de fait aux unions mixtes. Il est permis de croire que dans les premières années de la République, l'antique prohibition fut plus d'une fois violée; la religion ne devait plus suffire à la défendre, puisque les XII Tables crurent devoir la rappeler¹.

En 446, le tribun Canuleius présenta au Sénat une « *rogatio de connubio patrum et plebis*. » Cette audace stupéfia les pères conscrits : « Quas et quantas res C. Canuleium adgressum! Conluvionem gentium, perturbationem auspiciorum publicorum privatorumque afferre, ne quid sinceri, ne quid incontaminati sit, ut discrimine omni sublato nec se quisquam nec suos noverit. Quam enim aliam vim conubia promiscua habere, nisi ut ferarum prope ritu vulgentur concubitus plebis patrumque? Ut qui natus sit ignoret, cujus sanguinis, quorum sacrorum sit, dimidius patrum, dimidius plebis, ne se cum quidem ipse concors². »

¹ Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 358.

² Tite-Live, IV, 2.

De tels arguments ne pouvaient avoir aucune influence sur la plèbe; devant l'obstination du Sénat, elle usa du moyen qui deux fois déjà lui avait réussi, et se retira sur le Janicule. Les *patres* furent contraints de céder¹.

Il est une autre catégorie de prohibitions, également fondées sur l'inégalité sociale, qui persistèrent jusqu'à la fin de la République : les mariages entre ingénus et affranchis restèrent défendus jusqu'aux lois caducaires. En 186, le Sénat, par une mesure tout exceptionnelle, prise en faveur de l'affranchie Hispala Fecenia, dénonciatrice des Bacchanales, déclara que « ei ingenuo nubere liceret, neu quid ei qui eam duxisset ob id « fraudi ignommiæve esset². » C'est le seul exemple que nous connaissions d'une dispense d'empêchement antérieure à l'Empire.

En fait, la défense ne fut-elle pas souvent violée? Il est permis de se le demander. Le nombre des citoyens romains diminua bien vite d'une façon notable, tandis que les affranchissements se multipliaient dans des proportions inquiétantes³. En décrétant « omnibus ingenuis, præter senatores eorumque « liberos, libertinam uxorem habere licere⁴, » la loi *Julia* ne fit peut-être que régulariser une pratique déjà existante.

Mais si Auguste cherchait à rendre le mariage plus facile, il voulait aussi en rehausser la dignité; les lois caducaires défendirent aux ingénus d'épouser toute une catégorie de femmes comprises sous la dénomination générique de *famosæ*. La liste que nous en donne Ulpien comprend⁵ :

¹ Tite-Live, IV, 2 et suiv.

² Tite-Live, XXXIX, 8 à 19.

³ De 441 à 240 avant Jésus-Christ, on compte une moyenne de plus de 3,000 affranchissements annuels. Duruy, *Histoire des Romains*, t. II, p. 307.

⁴ L. 23, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

⁵ Ulpien, *Règles*, XVI, 2.

La *lena*,
 L'affranchie d'un *leno* ou d'une *lena*,
 La femme surprise en adultère¹,
 La femme condamnée par le Sénat²,
 La comédienne,
 La femme condamnée sur une accusation publique.

Les sénateurs ne pouvaient naturellement épouser ces mêmes femmes³; la loi *Julia* leur interdisait de plus, ainsi qu'à leurs enfants et petits-enfants *ex filio*, encore tout une catégorie d'unions.

« Qui senator est, — disait ce texte, — quive filius, neposve ex
 « filio, proneposve ex filio nato, cujus eorum est, erit : ne quis
 « eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto liberti-
 « nam, aut eam, quæ ipsa, cujusve pater, materve artem ludi-
 « cram facit, fecerit, neve senatoris filia, neptisve ex filio,
 « proneptisve ex nepote, filio nato, nata : libertino eive, qui
 « ipse, cujusve pater, materve artem ludicram facit, fecerit :
 « sponsa, nuptave sciens dolo malo esto : neve quis eorum dolo
 « malo, sciens sponsam uxoremve eam habeto⁴. »

Ulpien nous apprend que ces mêmes personnes ne pouvaient également s'unir à une prostituée⁵.

Si la fille d'un sénateur se prostituait, si elle montait sur le théâtre, si elle était condamnée sur une accusation publique, il lui était permis d'épouser un affranchi⁶.

¹ Même si elle n'avait pas été condamnée. *Factum lex*, dit Ulpien, *non sententiam notaverit*. L. 43, § 12, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

² Sous l'empire, le Sénat pouvait être érigé en haute cour de Justice pour juger certains crimes. Madvig, *L'État romain*, t. II, pp. 297 et suiv.

³ Paul, 41, *ad legem Juliam et Papiam* (L. 44, § 8, D., XXIII, 2); Marcellus, L. 1, *ad legem Juliam et Papiam* (L. 49, D., XXIII, 2).

⁴ L. 44, D., XXIII, 2.

⁵ *Règles*, XIII, 1.

⁶ Paul, L. 4, *ad legem Juliam et Papiam* (L. 47, D., XXIII, 2).

Un sénatus-consulte rendu sous le règne de Marc-Aurèle vint confirmer sur ces divers points les dispositions de la loi *Julia*¹.

Les prohibitions qu'elle renfermait furent encore étendues par les empereurs chrétiens; en 336, Constantin défendit aux sénateurs, aux préfets, aux duumvirs d'épouser² :

Une esclave,
 La fille d'une esclave,
 Une affranchie,
 La fille d'une affranchie,
 Une comédienne,
 La fille d'une comédienne,
 Une cabaretière³,
 La fille d'une cabaretière,
 Une *humilis* ou une *abjecta persona*,
 La fille d'un *leno*,
 La fille d'un gladiateur,
 Une marchande publique.

Cette constitution fut confirmée en 454 par Valentinien et Marcien; les deux empereurs déclarèrent en même temps ne pas comprendre parmi les *humiles vel abjectæ fœminæ* les personnes à qui on ne pouvait reprocher que leur pauvreté⁴.

Le mariage, contracté au mépris de toutes ces défenses, n'avait aucune valeur : il était inexistant. Il semble, toutefois, que

¹ L. 16, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

² L. I, C., *De naturalibus liberis*, V, 27.

³ Il semble ressortir de quelques textes du Digeste que les *cauponæ* romaines n'étaient guère en fait que des maisons de prostitution (L. 43 pr. et § 9, XXIII, 2; L. 29, C., *Ad legem Juliam de adulteriis*, IX, 9).

Cf. Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v^o *Caupona* (art. de È. Saglio).

⁴ L. 7, C., *De incestis et inutilibus nuptiis*, V, 5.

cette union constituait un *matrimonium juris gentium*¹. Une

¹ Cette manière de voir n'est pas complètement admise par tous les interprètes; de Savigny notamment soutient :

a) Qu'avant le sénatus-consulte de Marc-Aurèle, les mariages prohibés par la loi *Julia* n'étaient pas nuls, mais qu'ils ne pouvaient éviter aux époux les déchéances attachées au célibat;

b) Que ce sénatus-consulte déclara nul seulement le mariage contracté par la fille d'un sénateur avec un affranchi;

c) Que cette nullité fut étendue par la coutume à tous les mariages que condamnaient les lois caducaires.

Nous ne croyons pas pouvoir adopter cette opinion.

Il est évident que le sénatus-consulte de Marc-Aurèle ne s'appliqua pas seulement au mariage de la fille d'un sénateur; il eût été plus qu'étrange d'interdire à peine de nullité une semblable union, et de permettre au sénateur lui-même d'épouser une affranchie. Ulpien, du reste, déclare formellement que : « *Oratio imperatorum Antonini et Commodi... quasdam nuptias « in personam senatorum inhiabit.* » (L. 16, D., *De responsalibus*, XXIII, 1).

Il semble non moins certain que la nullité avait été originellement prononcée par la loi *Julia* elle-même. Justinien le déclare en termes fort nets (L. 28, C., *De nuptiis*, V, 4). Un long fragment de Paul, qui forme la L. 44, D., XXIII, 2, paraît bien d'accord avec cette constitution.

On allègue, il est vrai, un certain nombre de textes qui reconnaissent pour valable un mariage contracté au mépris des lois caducaires :

1^o Paul, *Sentences*, L. IV, t. VIII, 4. — « *Sui heredes sunt hi : primo loco « filius filia in potestatem patris constituti; nec interest adoptivi sint an « naturales, et secundum legem Juliam Papiamve quæsit, modo maneat « in potestate.* »

Mais on peut très bien traduire : « Sont héritiers siens, le fils et la fille « en puissance, tant naturels qu'adoptifs, pourvu qu'ils soient issus d'un « mariage conforme aux lois caducaires. »

2^o Macer, *L. 1 Publicorum* (L. 24, § 3, D., *ad legem Juliam de adulteriis*, XLVIII, 3). — Le jurisconsulte reconnaît au père comme au mari le droit de tuer le complice de sa fille ou de sa femme adultère, lors même que celle-ci est *uxor contra leges nupta*.

Il s'agit très certainement ici d'un *matrimonium juris gentium*.

Cela nous paraît ressortir de la comparaison du texte allégué avec un fragment du L. 2, *de Adulteriis*, d'Ulpien, qui forme la L. 13, § 1, au même titre : « *Plane sive justa uxor fuit, sive injusta : accusationem instituere « vis poterit; nam et sextus Cæcilius ait : Hæc lex ad omnia matrimonia « pertinet.* »

autorisation au prince pouvait cependant dispenser de leur observation¹.

Les modifications qui survenaient, postérieurement au mariage, dans la condition sociale des époux, n'étaient pas sans influence sur le sort de leur union. Le mariage d'un sénateur avec une affranchie devenait valable du jour où il perdait sa

3^o *Fragmenta Vaticana*, 168. — « Quidam tamen justos secundum has leges « putant dici. Divi quoque Marcus et Lucius Apronio Saturnino ita res- « cripserunt : Si instrumentis probas habere te justos tres liberos, excusa- « tionem tuam Manilius Carbo prætor vir clarissimus accipiet. Sed justorum « mentio ita accipienda est, uti secundum jus civile quæsitæ sint. »

Le jurisconsulte se demande si trois enfants, pour constituer une excuse de tutelle, doivent être *justi secundum has leges*, ou bien seulement *secundum jus civile* : donc, pour que cette question puisse se poser, il faut qu'un mariage contracté au mépris de ces lois soit valable.

M. Accarias pense qu'il s'agit ici d'enfants issus du concubinat, organisé par les lois caducaires ; il suffisait que les enfants fussent *justi secundum has leges*.

Ne pourrait-on pas dire qu'il est ici question, comme dans l'hypothèse précédente, d'un *matrimonium juris gentium*, constitué par l'union d'un ingénu avec une *famosa* ou d'un sénateur avec une affranchie ?

4^o Ulpien, *Règles*, XVI, 2. — « Aliquando nihil inter se capiunt, id est, si « contra legem Juliam Papiamque Poppæam contraxerint matrimonium : « verbi gratia, si famosam quis uxorem dixerit, aut libertinam senator. »

M. Accarias croit qu'Ulpien s'occupe ici — ou de deux individus n'ayant pas encore atteint leur puberté, mais ayant obtenu du prince le *jus liberorum* — ou de deux époux n'ayant d'enfants que d'un précédent mariage. Dans ces deux cas, ils posséderaient le *jus capiendi* à l'égard des étrangers, mais ne l'auraient pas entre eux, ou ne l'auraient que dans une mesure restreinte.

Oserions-nous dire que l'éminent professeur nous semble ici à côté de la question ? Ulpien déclare en effet que ces époux n'ont pas le *jus capiendi*, parce que *famosam quis uxorem duxerit*...

Nous croyons qu'il s'agit encore ici, comme dans l'hypothèse précédente, d'un *matrimonium juris gentium*.

¹ Ulpien, *L. 6, ad legem Juliam et Papiam* (L. 31, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

dignité¹; cet événement restait toutefois sans effet sur le mariage de ses enfants : les principes se refusaient à ce que les fautes de leur père pussent influencer sur leur état².

D'un autre côté, l'union d'un simple ingénu avec une affranchie se trouvait rompue, s'il était élevé au Sénat³; il en était de même si, postérieurement à son mariage avec un sénateur, une femme entraînait au théâtre; les jurisconsultes n'étendaient pas cette solution au cas où les parents de la femme auraient embrassé la carrière scénique⁴. Ils décidaient néanmoins que si la fille d'un ingénu épousait un affranchi, l'élévation de son père à la dignité de sénateur entraînait la dissolution de son mariage⁵.

Toutes ces prohibitions finirent par disparaître.

Justin permit aux ingénus d'épouser les comédiennes retirées du théâtre; dans un pompeux préambule, il déclare vouloir « Dei « benevolentiam, et circa genus humanum clementiam (quantum nostræ naturæ possibile est) imitari, qui quotidianis « hominum peccatis semper ignoscere dignatur, et pœnitentiam « suscipere nostram, et ad meliorem eam statum deducere⁶. » En réalité, le but qu'il se proposait n'était pas aussi généreux : il voulait simplement permettre à son neveu Justinien d'épouser la trop fameuse Théodora.

Les derniers vestiges de la loi *Julia* furent abrogés par ce prince. Une première constitution déclara que l'élévation d'un homme à la dignité sénatoriale ne romprait plus son propre

¹ Ulpien, L. 3, *ad legem*, etc. (L. 27, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

² Papinien, L. 4 *Responsorum* (L. 34, § 3, D., XXIII, 2).

³ L. 28, C., *De nuptiis*, V, 4.

⁴ Paul, L. 1, *ad legem Juliam et Papiam* (L. 44, §§ 6 et 7, D., XXIII, 2).

⁵ L. 28, C., V, 4.

⁶ L. 23, C., V, 4.

La constitution est inscrite au Code sous le nom de Justinien; elle est cependant bien de Justin. Voir l'édition du Code de Krueger et ses preuves.

mariage ni celui de ses descendants¹. En 544, une décision nouvelle reconnut à tout individu, quel que fût son rang social, le droit de s'unir à une des *abjectæ personæ* énumérées par Constantin².

Dans les premières années de l'Empire, le concubinat fut permis seulement avec les femmes *in quas stuprum non committitur*, c'est-à-dire avec les affranchies et les *famosæ*; pour la *matrona honesta*, il n'y avait que les *justæ nuptiæ* ou le *stuprum*³.

On admet plus tard qu'il était possible de prendre pour concubine une *honestæ vitæ et ingenuam mulierem*; une déclaration formelle de volonté fut alors nécessaire pour écarter toute présomption de *stuprum*⁴.

¹ L. 28, C., *De nuptiis*, V, 4.

² Nov. CXVII, ch. vi.

³ Ulpien, L. 2, *ad legem Juliam et Papiam* (L. 1, § 1, D., *De concubinis*, XXV, 7).

⁴ Marcien, L. 12 *Institutionum* (L. 3 pr., D., XXV, 7).

CHAPITRE VIII.

GESTION D'UNE TUTELLE OU D'UNE CURATELLE.

Il est presque naïf de dire qu'un tuteur infidèle a toujours grand intérêt à ne pas rendre ses comptes : s'il parvient à épouser sa pupille, il échappera généralement, en fait, à cette obligation. Il pouvait donc être utile, dans l'intérêt même de celle-ci, d'empêcher un semblable mariage de se faire tant que la gestion du tuteur pouvait encore être critiquée.

Or le préteur accordait au mineur de vingt-cinq ans pour se faire restituer contre ses propres actes et ceux de son ancien tuteur ou de son curateur une voie exceptionnelle, l'*in integrum restitutio* ; cette action avait pour effet de faire rescinder l'acte attaqué, et de remettre complètement les choses dans leur état antérieur. Le mineur ne pouvait plus la demander s'il s'était écoulé une année utile depuis l'accomplissement de sa majorité.

Passé ce moment, le tuteur ou le curateur restait bien encore tenu de l'action *tutelæ directa*, mais comme celle-ci ne l'exposait pas au recours des tiers, elle avait pour lui des conséquences bien moins graves.

Au II^e siècle, un sénatus-consulte, rendu sur la proposition de Marc-Aurèle et de Commode, défendit à toute une catégorie de personnes d'épouser une jeune fille s'étant trouvée en tutelle ou en curatelle, avant qu'elle eut accompli ses vingt-cinq ans plus une année utile.

La prohibition s'étendait :

1° Aux trois catégories de tuteurs, testamentaires, légitimes ou datifs ¹;

2° Aux personnes « *ad quas periculum tutelæ pertinebat*, » c'est-à-dire qui, sans gérer actuellement une tutelle, étaient exposées à s'en trouver bientôt chargées.

Le Digeste nous en cite trois exemples :

a. Le tuteur dont la pupille est tombée en captivité;

b. Celui qui s'est fait dispenser de la tutelle au moyen d'excuses mensongères;

c. Le tuteur honoraire.

Les jurisconsultes discutaient sur l'hypothèse suivante : un citoyen, voulant se faire excuser de la tutelle, demande et obtient un délai pour rechercher les preuves qui lui sont nécessaires; *inter moras*, la pupille atteint sa majorité. On demande si, la tutelle ayant alors pris fin, son excuse pourra encore être reçue : si l'affirmative est admise, il aura le droit d'épouser immédiatement la jeune fille; dans le cas contraire, il sera obligé d'attendre l'expiration du délai fixé par le sénatus-consulte.

Papinien s'était prononcé pour la négative; Paul adopta l'opinion contraire : il serait injuste, dit-il avec raison, de repousser l'excuse, quand le retard peut très bien provenir d'un cas de force majeure ².

3° Au curateur ordinaire ³;

4° Au curateur au ventre ⁴;

5° Aux enfants et petits-enfants du tuteur ou du curateur.

Peu importait qu'ils fussent en puissance ou émancipés ⁵. La prohibition les atteignait encore après la mort de leur père, même s'ils avaient été exhéredés ou s'ils s'étaient abstenus : on

¹ Paul, *ad Oratorem divi Antonini et Commodi* (L. 60 pr., D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

² *Ibid.*, §§ 2 et 3.

³ Paul, *Sentences*, II (L. 66 pr., D., XXIII, 2).

⁴ Tryphoninus, *L. 9 Disputationum* (L. 67, § 4, D., XXIII, 2).

⁵ Paul, *ad Oratorem*... (L. 60, §§ 6 et 7, D., XXIII, 2).

pouvait craindre, en effet, qu'ils n'eussent reçu frauduleusement tout ou partie de la fortune de la pupille¹.

6° Au père du tuteur, si celui-ci était *filiusfamilias*²;

7° On finit, enfin, par l'étendre aux héritiers externes du tuteur, par ce motif qu'eux aussi étaient tenus de rendre compte³.

La défense de contracter mariage n'atteignait les personnes ci-dessus énoncées qu'en ce qui concernait la pupille elle-même; si elle venait à mourir, le tuteur pouvait parfaitement épouser sa fille⁴.

Les prohibitions du sénatus-consulte cessaient de s'appliquer :

1° Lorsque le père de la pupille l'avait fiancée au tuteur, au curateur ou à leur fils⁵;

2° Lorsqu'il la leur avait destinée par testament⁶;

3° Lorsque le tuteur ou le curateur avaient obtenu du prince une dispense⁷;

4° Enfin, dans une hypothèse particulière qui nous est indiquée par Tryphoninus.

On admettait, « *summæ affectionis avitæ intuitu*, » que le grand-père, tuteur d'une petite-fille issue d'un fils émancipé, pouvait la marier à un petit-fils né d'un autre fils émancipé ou en puissance⁸.

L'union contractée au mépris des prohibitions du sénatus-consulte était regardée comme inexistante. De plus, le tuteur encourait toujours l'infamie; son fils se trouvait également frappé de la même peine, si c'était lui qui avait épousé la pupille⁹.

¹ Tryphoninus, *L. 9 Disputationum* (L. 67 pr., D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

² *Ibid.*, § 2.

³ Callistrate, *L. 2 Quæstionum* (L. 64, § 1, D., XXIII, 2).

⁴ Tryphoninus, *L. 9 Disputationum* (L. 67, § 5, D., XXIII, 2).

⁵ Paul, *Sentences*, II (L. 66 pr., D., XXIII, 2).

⁶ Paul, *Ibid.*

⁷ L. 7, C., *De interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem*, V, 6.

⁸ *L. 9 Disputationum* (L. 67 pr., D., XXIII, 2).

⁹ Paul, *Sentences*, II (L. 66 pr., D. XXIII, 2).

Il pouvait se faire que, postérieurement à son mariage, une femme vînt à se trouver dans la situation prévue par le sénatus-consulte : le tuteur pouvait adopter le mari ou le beau-père de sa pupille, le mari ou le beau-père d'une femme pouvaient lui être donnés comme tuteurs. Fallait-il alors annuler, *ex post facto*, une union régulièrement contractée?

Tryphoninus décidait, dans la première hypothèse, que le mariage serait dissous¹ : on supposait qu'en se faisant adopter le mari avait tacitement consenti au divorce, que le beau-père l'avait de même imposé à son fils. Dans la seconde espèce, un rescrit d'Antonin permit au mari de se faire excuser de la tutelle²; Alexandre Sévère décida que le mariage d'un fils émancipé demeurerait valable, bien que le père devînt tuteur de sa femme; l'empereur ajoutait : « Rite contractum matrimonium ex post facto vitare non potuerit³. »

Faut-il prendre ces paroles à la lettre et décider que, même dans notre première hypothèse, le mariage devait continuer d'exister? L'affirmative n'aurait rien d'in vraisemblable : nous avons déjà signalé le courant qui, dès le règne des Antonins, s'efforçait de donner au mariage une plus grande stabilité; il est probable que l'adoption ne pouvait alors avoir lieu. Sous le règne de Justinien, le maintien d'une semblable union nous paraît hors de doute⁴.

Au délai d'une année utile pendant lequel pouvait être demandée l'*in integrum restitutio*, cet empereur substitua celui de quatre ans continus⁵. Désormais, pour épouser sa pupille ou la marier à son fils le tuteur dut toujours attendre qu'elle eût accompli ses vingt-neuf ans.

¹ L. 9 *Disputationum* (L. 67, § 3, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

² L. 4, C., *De excusationibus tutorum*, V, 42.

³ L. 3, C., *De interdicto matrimonio*, V, 6.

⁴ Arg. *Institutes*, L. II, t. X, 2.

⁵ L. 7, C., *De temporibus in integrum restitutionis*, II, 53.

CHAPITRE IX.

EXERCICE D'UNE FONCTION PUBLIQUE DANS LES PROVINCES.

Les gouverneurs romains ne se conduisaient pas tous, sans doute, comme Verrès en Sicile; des textes assez nombreux permettent néanmoins de croire qu'il leur arrivait fréquemment de ne pas tenir grand compte des droits de leurs administrés¹.

Pour remédier à quelques-uns de ces abus, des *mandata*, qui semblent remonter au II^e siècle de notre ère², défendirent à toute personne investie d'une fonction publique en province d'épouser lui-même ou de faire épouser à son fils une femme domiciliée dans la province ou en étant originaire³.

Le principe souffrait toutefois une double dérogation : le fonctionnaire pouvait s'unir à la jeune fille qui lui avait été fiancée avant son entrée en charge⁴; le soldat originaire de la province où il tenait garnison avait également le droit de s'y marier⁵.

La prohibition ne s'appliquait d'abord qu'au fonctionnaire et à son fils. Il résulte d'une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose, qu'elle s'étendait, de leur temps, à ses petits-enfants,

¹ Tacite, *Dialogue des orateurs*, XLI.

² Accarias, *Précis de droit romain*, t. I.

³ Marcien, *L. 2 Institutionum* (L. 57 pr., D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2); Paul, *Sentences*, II (L. 38 pr., D., XXIII, 2).

⁴ Paul, *ibid.*, § 1.

⁵ Paul, *L. 7 Responsorum* (L. 65 pr., D., XXIII, 2).

à ses proches et à toute sa maison¹. L'empereur Léon défendit également aux femmes de sa famille ou de sa domesticité de prendre un mari dans la province²; cette faculté leur avait été au contraire formellement reconnue par les jurisconsultes de l'époque classique³.

L'union contractée au mépris de ces défenses n'avait aucune valeur; elle se transformait cependant en un véritable mariage si, postérieurement à la cessation de ses fonctions, le mari persistait dans les mêmes sentiments⁴.

Rien ne s'opposait à ce qu'on prît pour concubine la femme dont on n'aurait pu faire son épouse⁵.

¹ L. un., C., *De rector provinciæ*, V, 2.

² Novelle XXIII.

³ Paul, *Sentences*, II (L. 38, § 2, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

⁴ Paul, *L. 7 Responsorum* (L. 63, § 1, D., XXIII, 2).

⁵ Paul, *Sentences*, II (L. 5, D., *De concubinis*, XXV, 7).

CHAPITRE X.

DIFFÉRENCE DE RELIGION.

L'Église avait, dès les premiers siècles, blâmé les mariages entre chrétiens et infidèles, sans néanmoins les frapper encore de nullité.

Les empereurs byzantins allèrent plus loin dans cette voie.

En 336, une première constitution rendue par Constance défendit aux juifs, sous peine de mort, d'épouser des chrétiennes; les chrétiens restaient toutefois libres d'épouser des femmes juives¹.

Cinquante ans plus tard, en 388, Valentinien, Théodose et Arcadius défendirent les mariages entre juifs et chrétiens, sans distinction de sexe; ils déclarèrent que de telles unions seraient punies comme adultères, et permirent à toute personne de déferer les coupables aux magistrats².

¹ L. 6, C. Th., *De judæis*, XVI, 8.

² L. 6, C. *De judæis et calicolis*, I, 9.

CHAPITRE XI.

CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE.

Pour étudier les conditions de formation du mariage à Rome, il faut distinguer soigneusement le mariage par *confarreatio* ou par *coemptio* d'une part, le mariage libre de l'autre ; si les deux premiers exigent pour leur formation de véritables cérémonies, il suffit au contraire à la perfection du troisième que la femme se trouve à la disposition physique du mari.

Les solennités de la *confarreatio* sont ainsi décrites par Gaius :

« Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii
« quod Jovi Farreo fit, in quo farreus panis adhibetur : unde
« etiam confarreatio dicitur. Complura præterea hujus juris
« ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, præsentibus
« decem testibus, aguntur et fiunt. Quod jus etiam nostris
« temporibus in usu est ...¹.

Il ne faut pas oublier que cet auteur écrivait au milieu du second siècle de notre ère², et les formes de la *confarreatio*, telles qu'il nous les expose, n'étaient évidemment pas celles que pratiquaient les premiers Romains : le rôle si important donné à Ju-

¹ *Institutes*, I, 112.

² M. Glasson croit que ses *Institutes* ont été composées partie sous Antonin, partie sous Marc-Aurèle (*Etude sur Gaius*, p. 127). Teuffel en place la publication vers 161 (*Hist. de la littérature romaine*, trad. Bonnard et Pierson, t. III, p. 34).

pter suffit à démontrer que nous nous trouvons ici en présence d'un cérémonial relativement moderne.

M. Fustel de Coulanges a émis l'opinion que la cérémonie sacrée avait lieu primitivement au foyer domestique de l'époux¹; cette manière de voir, qui nous semble exacte, peut invoquer en sa faveur de très sérieux arguments.

La *confarreatio* avait pour but, en effet, d'initier la femme aux *sacra privata* de son époux : c'était elle qui devait produire la *divini juris communicatio*, dont nous parle Modestin². Le culte domestique n'avait rien de commun avec celui de Jupiter; la maison de chaque citoyen était son temple, le foyer son autel, le père de famille son pontife. Il semble donc logique d'admettre que dans la Rome primitive, on offrait le sacrifice aux mânes des ancêtres.

Il subsista d'ailleurs, jusqu'à la fin de l'Empire, même dans les cérémonies ordinaires du mariage libre, un usage qui semble bien devoir se rattacher aux plus anciennes formes de la *confarreatio* : nous voulons parler de la *receptio aqua et igni*³. Lorsque la jeune femme arrivait au seuil de sa nouvelle demeure, on lui présentait l'eau et le feu. Le rôle important que jouaient ces deux éléments, le feu surtout, dans l'antique religion aryenne, autorise à regarder cet usage comme un dernier souvenir du culte du foyer⁴.

Notons enfin que, en Grèce et dans l'Inde, on retrouve des traces de cérémonies analogues : nous nous trouvons donc pro-

¹ *La cité antique*, p. 46.

² « Nuptiæ sunt conjunctio maris et fœminæ, et consortium omnis vitæ : « divini et humani juris communicatio. » L. 4 *Regularum* (L. 4, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2).

³ Scævola, L. 9 *Digestorum* (L. 66, D., *De donationibus inter virum et uxorem*, XXV, 1); *Festus*, v° *Aqua et igni*; Plutarque, *Questions romaines*, I; Varron, *De lingua latina*, V, 61.

⁴ *La cité antique*, pp. 41 et suiv.

blement ici en présence d'une des plus anciennes coutumes de la race aryenne.

Quant aux dix témoins dont la présence est signalée par Gaius, ils représentaient probablement les dix *gentes* qui formaient chaque curie. Peut-être à une certaine époque, la *confarreatio* eut-elle lieu devant toute la curie assemblée.

C'est encore le même auteur qui nous fournit sur la *coemptio* les seuls renseignements pour ainsi dire que nous ayons.

« Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, « per quandam imaginariam venditionem; nam adhibitis non « minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libri- « penda emit eum mulierem cujus in manum convenit...

« ... coemptio... si ita quidem quæ coemptionem fac... onem « a..... mancipa..... mancipatæve servorum loco constituuntur : « adeo quidem ut ab eo cujus in mancipio sunt, neque here- « ditates neque legata aliter capere possint, quam simul eodem « testamento liberi esse jubeantur, sicuti juris est in persona « servorum. Sed differentiæ ratio manifesta est, cum a parenti- « bus et a coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiun- « tur, quibus servi : quod non similiter... in coemptione¹. »

Le premier paragraphe est peu intelligible, le second indéchiffrable.

Un grand nombre de restaurations, treize pour le premier, neuf pour l'autre ont été successivement proposées : on comprendra que nous ne les reproduisons pas ici².

Le paragraphe 123, du reste, n'a pour nous qu'une importance secondaire. Gaius déclare que la condition de la femme *in manu* n'est pas la même que celle de l'homme *in mancipio*³;

¹ *Institutes*, I, 113 et 123. Nous suivons le texte de l'édition donnée par Ern. Dubois, Paris, 1881.

² On les trouvera dans l'édition précitée, pp. 68 et 76.

³ La formule de la *mancipatio* était : « Hunc ego hominem ex jure Quiri-

cette différence a pour cause, ajoute-t-il, l'emploi de formules différentes dans la *mancipatio* et la *coemptio*. Mais il ne donne nulle part le texte des paroles solennelles usitées dans notre cas.

M. Studemund, le dernier qui ait étudié par lui-même le fameux palimpseste de Vérone, propose de restituer ainsi le paragraphe 113 : « Nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit is mulierem » *cujus in manum convenit.* »

La *coemptio* semble avoir duré plus longtemps que la *confarreatio*. Gaius en parle comme d'une institution encore en vigueur; nous avons déjà eu occasion de dire que, sous Tibère, le mariage sacré avait presque complètement disparu¹.

Tels sont les seuls renseignements sérieux que nous possédions sur ces deux institutions; elles ne nous sont guère, en somme, mieux connues l'une que l'autre.

La formation du mariage libre est peut-être un des problèmes de droit romain qui ont soulevé dans notre siècle les plus vives controverses : trois systèmes ont été successivement présentés :

Les anciens commentateurs, Cujas, Donneau, Pothier,

« tium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc ære æneaque libra » (Gaius, *Institutes*, I, 119). M. Glasson propose, comme formule probable de la *coemptio* : « Hanc ego ex jure Quiritium matremfamiliam meam esse aio, » *æque mihi empta est hoc ære æneaque libra* » (*Du consentement des époux au mariage*, n° 7).

¹ Une opinion s'est fait jour depuis quelques années, qui veut absolument donner à la femme un rôle actif dans la cérémonie de la *coemptio* : Les partisans de ce système croient que l'achat fictif était réciproque; ils s'appuient principalement sur les deux textes suivants :

« Coemptio vero certis solemnitatibus peragebatur, et sese in coemendo » *invicem interrogabant, vir ita : an sibi mulier materfamilias esse vellet. Illa respondebat velle. Item mulier interrogabat : an vir sibi paterfamilias » esse vellet. Ille respondebat velle.* — Boëce, *ad Ciceronis Topica*, III.

« Quod autem ait, *emat*, ad antiquum nuptiarum pertinet ritum, quo se

croyaient que le mariage se trouvait parfait par le seul consentement. Ils invoquaient à l'appui de cette opinion un certain nombre de textes dont le plus frappant était un passage du commentaire d'Ulpien sur Sabinus : « Nuptias, disait le jurisconsulte, non concubitus, sed consensus facit¹. »

Un fragment du traité de Marcellus sur les lois caducaires, ne leur semblait guère moins décisif : « Plerique opinantur, cum « eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium « idem esse : quibus adsentior, si non multo tempore interposito « reconciliati fuerint : nec inter moras aut illa alii nupserit, aut « hic aliam duxerit : maxime si nec vir dotem reddiderit². »

M. Ortolan, au contraire, entreprit de prouver, en 1830, que le mariage était un véritable contrat réel ; qu'il exigeait, pour sa perfection, la tradition de la femme au mari³.

Sabinus, faisait-il observer, déclare que la femme absente ne peut se marier ni par lettres ni par messenger⁴ : le seul consentement ne suffit donc pas pour la formation du mariage.

« maritus et uxor invicem emebant, sicut habemus in jure. » — Servius, *ad Virgilii Georgica*, I, 31.

Ces deux textes remontent seulement au iv^e siècle, et la *coemptio*, à cette époque, avait depuis longtemps disparu ; l'exactitude des renseignements qu'ils nous donnent est donc assez contestable.

On a essayé de plier le texte de Gaius à cette manière de voir, mais on est alors obligé de lui faire subir des modifications tellement graves qu'elles suffisent elles-mêmes à se condamner. On peut citer comme exemple la restitution que propose M. Muirhead : « Asse emit vir mulierem quam in ma- « num recipit, et invicem emit eum mulier cujus in manum convenit. »

Enfin, et ce n'est pas une des objections les moins graves contre cette théorie, elle rend absolument inexplicable l'origine de la *coemptio* ; tandis que l'achat de la femme par le mari se rencontre chez un assez grand nombre de peuples primitifs, cette sorte de vente réciproque n'a encore été signalée nulle part.

¹ L. 30, D., *De regulis juris*, L, 17.

² L. 33, D., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

³ *Themis*, t. X, p. 496 ; Cf. *Explication des Instituts*, t. I, p. 80.

⁴ Pomponius, L. 4, *ad Sabinum* (L. 5, D., XXIII, 2).

Le jour du mariage est arrivé, disent Modestin¹ et Paul²; tout le monde est d'accord; néanmoins, il manque encore quelque chose : il faut que la femme soit livrée au mari, *deducta in domum mariti*.

Quant au texte d'Ulpien rapporté plus haut, il signifie seulement un chose : que la consommation du mariage n'est pas nécessaire à sa perfection. Le passage de Marcellus, tiré d'un commentaire sur les lois *Julia* et *Papia Poppæa* doit s'interpréter *secundum subjectam materiam* : il veut tout simplement dire que, en ce qui touche l'application de ces lois, le mariage sera réputé n'avoir jamais été dissous.

Un troisième système, qui n'est, à proprement parler, qu'une variante du second, est généralement admis aujourd'hui.

Le mariage, cela est certain, n'est pas un contrat purement consensuel, mais il n'est pas non plus un contrat réel. Nulle part les jurisconsultes ne le rangent dans cette classe, et Gaius déclare très nettement qu'une personne libre n'est pas susceptible de possession³.

La *deductio uxoris in domum mariti* constitue, on n'en peut douter, une cérémonie usitée dans la plupart des mariages, l'expression *uxorem ducere*, se marier, suffirait à elle seule à le prouver. Mais il est non moins certain qu'elle n'en constitue pas une formalité essentielle; Scævola, dans un texte célèbre, nous apprend que la *deductio* était souvent postérieure à la formation de l'union conjugale⁴.

Ce qu'il est vrai de dire, c'est que le mariage classique ne constituait pas un contrat, mais plutôt un état de fait; il exi-

¹ L. 7 *Regularum* (L. 27, D., *De donationibus inter virum et uxorem*, XXIV, 1).

² L. 7 *Responsorum* (*Fragm. Vaticana*, 96).

³ *Institutes*, II, 90.

⁴ L. 9 *Digestorum* (L. 66, D., *De donationibus inter virum et uxorem*, XXIV, 1).

geait, outre le consentement des époux et des personnes en la puissance desquelles ils se trouvaient, la possibilité de la vie commune à la volonté du mari¹. Voilà pourquoi la femme absente ne pouvait se marier, tandis que ce droit était reconnu à l'homme; pourquoi le mariage cessait d'exister lorsque le mari tombait en captivité²; pourquoi il persistait au contraire si les deux époux étaient faits captifs en même temps³. La *deductio in domum*, signe le plus ordinaire du commencement de cette vie commune, pouvait donc très bien être regardée par les juriconsultes comme déterminant le moment précis où le mariage se trouvait parfait.

Dès la fin de la République, on voit apparaître l'usage de rédiger, pour constater le mariage, des actes écrits, *tabulæ, nuptiales tabulæ, instrumenta, scripta*⁴; cette coutume paraît s'être généralisée sous les derniers empereurs païens et le Bas-Empire; plusieurs constitutions intervinrent alors qui déclarèrent le mariage valable, bien qu'il n'eût été accompagné de la rédaction d'aucun acte⁵.

Justinien modifia cet état de choses; l'union conjugale était devenue, à son époque, un véritable contrat : il la rendit un contrat solennel. Une première constitution exigea que le mariage des comédiennes retirées du théâtre fût constaté par un *instrumentum dotale*⁶. En 542, une nouvelle décision étendit cette

¹ Labbé, sur l'*Explication historique des Instituts*, d'Ortolan, t. I, p. 687.

² Tryphoninus, *L. 4 Disputationum* (L. 12, § 4, D., *De captivis et postliminio*, XLIX, 15).

³ Constitution de Sévère et d'Antonin (L. 25, D., XLIX, 15).

⁴ Cicéron, *Topiques*; Juvénal, *Satire VI*, 200; Gaius, *L. sing. de formula hypothecaria* (L. 4 D., *De pignoribus et hypothecis*, XX, 1); Scævola, *L. 9 Digestorum* (L. 66 pr., D., *De donat. inter virum et uxorem*, XXIV, 1); Papinien, *L. 12 Responsorum* (L. 31 pr., D., *De donationibus*, XXXIX, 5).

⁵ Const. d'Alexandre Sévère (L. 9, C., *De nuptiis*, V, 4); Const. de Dioclétien et Maximien (L. 13, C., V, 4).

⁶ L. 23, § 1, C., V, 4.

disposition au mariage des *illustres*; les personnes occupant un rang élevé dans l'armée ou l'administration, et qui ne voulaient pas rédiger d'écrit, devaient se présenter devant le *defensor ecclesiæ*, assisté de trois ou quatre clercs. Celui-ci dressait un acte attestant que « sous telle indiction, tel mois, tel jour, telle « année du règne, sous tel consul, un tel et une telle s'étaient « présentés devant lui dans cette maison de prière, et s'étaient « unis en mariage ¹. » Ce document, signé du *defensor*, des témoins et des époux, était remis à ces derniers, s'ils le réclamaient, ou déposé aux archives de l'église. Les autres personnes continuaient à se trouver régies par le droit antérieur.

Quelques années plus tard, Justinien abrogea ces dispositions; la nécessité d'un *instrumentum* fut maintenue seulement pour les *illustres*; encore s'en trouvaient-ils dispensés s'ils étaient d'origine barbare ².

Léon le Philosophe ne reconnut pour valable que le mariage contracté en face d'Église ³.

¹ Nov. LXXIX, ch. iv

² Nov. CXVII, ch. iv.

³ Nov. LXXXIX.

DES NULLITÉS DE MARIAGE

EN

DROIT FRANÇAIS.

AVANT-PROPOS.

GÉNÉRALITÉS.

A l'époque où César envahit la Gaule, trois peuples, les Aquitains, les Celtes, les Belges, occupaient le pays; ils différaient entre eux par la langue, les institutions et les lois¹.

Les Celtes étaient monogames; leurs chefs toutefois semblent avoir pratiqué la polygamie. Le mari avait droit de vie et de mort sur la personne de sa femme²; on a voulu conclure de là que le mariage se passait sous forme de vente : cette conjecture repose sur un fondement trop faible pour pouvoir être acceptée³.

César ne nous donne aucun renseignement sur les institu-

¹ César, *De bello Gallico*, I, 1.

² *Ibid.*

³ Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. I, p. 110, note 3.

tions des deux autres peuples; nous savons seulement, par le témoignage de Strabon, que chez les Ibères, race sœur des Aquitains, la famille se trouvait encore, vers la fin du 1^{er} siècle avant Jésus-Christ, dans une période de développement peu avancé¹.

Commencée en 59 avant Jésus-Christ, la conquête romaine s'acheva en huit ans : tous les Gaulois devinrent alors des *peregrini*.

Des concessions plus ou moins importantes de droits civils ne tardèrent pas à leur être faites. César et Auguste accordèrent le *jus latii* à un certain nombre de villes², et Néron le concéda en bloc à tous les peuples des Alpes cottiennes³. Les premiers empereurs se montrèrent plus avarés du droit de cité proprement dit; il semble néanmoins résulter d'un passage de Tacite que les *primores* de la Gaule jouissaient, en 48 de notre ère, de tous les droits privés⁴. Galba donna le titre de citoyen à tous ses habitants, sauf à ceux des cités voisines de la Germanie⁵. Caracalla enfin, achevant l'œuvre de ses prédécesseurs, accorda le droit de cité à tous les habitants de l'Empire⁶.

Moins de trente ans après, les hordes barbares qui devaient détruire un jour la jouissance romaine faisaient leur première apparition sur la rive gauche du Rhin. Nous ne suivrons pas ici le détail de leurs invasions, sans intérêt d'ailleurs pour le sujet que nous traitons; de la conquête barbare, nous ne devons étudier que les résultats.

Au commencement du v^e siècle, les Wisigoths et les Bur-

¹ *Géographie*, L. III, c. iv, 18.

² Cicéron, *ad atticum*, XIV, 2.

³ Tacite, *Annales*, XV, 32.

⁴ *Ibid.*, XI, 23.

⁵ Tacite, *Histoires*, I, 8.

⁶ L. 17, D., *De statu hominum*, I, 5.

gondes étaient parvenus à s'établir en Gaule; les premiers entre l'Océan, la Loire et le Rhône; les autres entre ce dernier fleuve et les Alpes. Ces barbares, comme tous les autres, du reste, n'imposèrent pas leurs lois aux vaincus; ils laissèrent vivre ces derniers sous l'empire du droit romain. Ce principe de la personnalité des lois, qui domine toute la législation de l'époque, donna naissance, chez ces deux peuples, à un double Code : l'un, propre aux barbares, la loi Gombette (517) chez les Burgondes, la *lex antiqua* (entre 586 et 601) chez les Wisigoths; l'autre, spécial aux gallo-romains, la *lex romana Wisigothorum* (506) et le *Papien* (entre 502 et 516)¹.

Nous ne dirons rien ici de cette seconde législation; elle ne faisait que reproduire, dans ses grandes lignes, le droit romain de l'époque de Théodose.

Quant aux lois barbares proprement dites, elles ne s'occupaient que fort peu du mariage; on voit seulement que cette institution reposait sur le vieux principe commun à toutes les races germaniques et slaves : la vente de la jeune fille par le père au mari. Hâtons-nous d'ajouter que, sous l'influence des idées romaines, il avait déjà considérablement perdu de sa rudesse primitive.

Il est un autre peuple qui, bien que venu plus tard dans la Gaule, allait en faire rapidement la conquête, et chez qui ce même principe devait laisser des traces beaucoup plus persistantes : nous voulons parler des Franks. La vente de la femme y était devenue justement fictive, mais le mariage se formait toujours *par le sou et le denier*, et le droit pour le père de disposer de sa fille y subsista longtemps avec une rigueur que ne lui connaissaient plus les barbares du midi.

Nous ne sommes pas d'ailleurs plus riches en renseignements sur le mariage chez les Franks primitifs que chez ces derniers;

¹ Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, pp. 98 et suiv.

Grégoire de Tours nous apprend seulement que la polygamie n'était pas très rare chez les grands et chez les rois.

Un événement qui devait avoir, à tous points de vue, les plus importantes conséquences, se produisit chez eux en 496. Cédant aux sollicitations de sa femme, le roi des Franks saliens, Hlodowig consentit à recevoir le baptême : le mariage allait passer, théoriquement du moins, sous l'empire du droit canon¹.

L'Église en effet, dès ses origines, avait considéré le mariage comme un sacrement, et par conséquent comme un acte soumis à sa juridiction. « Sacramentum hoc magnum est, disait déjà « saint Paul dans un texte célèbre, ego autem dico in Christo « et Ecclesia². » Toutefois, sauf le principe de l'indissolubilité, proclamé par le Sauveur lui-même, l'Église n'apporta guère, pendant près de deux siècles, de modifications sérieuses aux principes du droit romain. De très bonne heure, le célibat avait été imposé aux membres du clergé; dès le II^e siècle, on avait vivement exhorté les fidèles à ne pas s'unir aux païens : mais ni l'engagement dans les ordres sacrés, ni la différence de culte ne formaient encore ce que nous appelons des empêchements dirimants. Pour rencontrer un texte qui prononce une véritable nullité de mariage, il faut descendre jusqu'au commencement du IV^e siècle : le concile d'Elvire, tenu en 305 ou 306, interdit les unions entre beaux-frères et belles-sœurs. A partir de cette époque, les prohibitions commencèrent à s'étendre dans des proportions considérables.

Entraînés dans un mouvement de réaction exagéré contre les vices de la décadence païenne, quelques hérésiarques, descendant jusqu'au bas une pente sur laquelle devait plus tard glisser

¹ Grégoire de Tours, II, 34.

² *Ep. ad Ephesios*, V, 32.

Port-Royal¹, condamnèrent même d'une manière absolue le mariage. Ces doctrines, auxquelles semble déjà faire allusion saint Paul² se manifestèrent surtout dans les théories des Manichéens, des Tatianistes et des Marcionites. L'Église, tout en accordant une notable préférence au célibat, ne tomba cependant jamais dans ces excès.

A la fin du v^e siècle le mariage se trouvait interdit, entre parents en ligne directe, à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré : peu importait que la parenté eût sa source dans une union régulière ou dans un simple commerce illicite; il était également défendu entre alliés en ligne directe dans la même mesure, en ligne collatérale, jusqu'au degré d'oncle et nièce, tante et neveu; les simples fiançailles produisaient, en cette matière, le même effet que le mariage contracté et consommé. L'erreur sur l'identité de la personne, la violence ordinaire aussi bien que le rapt, l'impuberté, l'impuissance formaient encore autant d'empêchements dirimants. La différence de culte, le vœu solennel de chasteté, l'engagement dans les ordres sacrés ne constituaient que de simples empêchements prohibitifs. L'Église engageait vivement ses fidèles à faire bénir leur union par un prêtre, mais la présence de ce dernier n'était pas alors requise à peine de nullité. Enfin, et ce dernier point est fort important, le consentement des parents n'était pas plus qu'aujourd'hui, regardé comme une condition de validité du ma-

¹ « C'est se rendre coupable d'un des plus grands crimes en engageant « un enfant de son âge, de son innocence et même de sa piété, à la plus « périlleuse et la plus basse des conditions du Christianisme... Les maris, « quoique riches et sages suivant le monde, sont en vérité de francs païens « devant Dieu; de sorte que... engager un enfant à un homme du commun, « c'est une espèce d'homicide, et comme un déicide en leurs personnes. » Fragment de Pascal, cité par V. Cousin : *Études sur Pascal*, p. 452.

² *Ep. I ad Corinthios*, VII, 1 et 2. Cf. la note de Drach dans son édition, p. 157, n° 1.

riage; ajoutons cependant tout de suite que certains conciles tenus en Gaule dans le courant du VI^e siècle pourraient bien s'être quelque peu écartés sur ce point de la véritable doctrine canonique.

Les premières mesures prises par les rois Franks pour faire respecter les principes du droit ecclésiastique, se rapportèrent uniquement aux empêchements de parenté ou d'alliance. Depuis la *decretio* de Hildebert II, en 596, jusqu'au capitulaire de 875, on ne compte pas moins de quinze textes prohibant les unions incestueuses; le soin de les réprimer est toujours confié aux évêques¹. Le renouvellement aussi fréquent de ces défenses suffirait peut-être à montrer combien peu elles devaient être observées. Quand on voit du reste, en 576, un évêque consentir à bénir un mariage entre tante et neveu², on peut se demander comment le clergé inférieur, évidemment moins éclairé, faisait observer en cette matière les préceptes de l'Église. Pendant plusieurs siècles, du reste, le principe même de la monogamie ne fut guère mieux observé. Quant au divorce, on le voit interdit pour la première fois par un capitulaire de 744. Nous avons donc raison de dire, tout à l'heure, que, pendant de longues années, la suprématie de l'Église sur le mariage fut beaucoup plus théorique qu'effective.

¹ « De conjunctionibus quæ incestæ esse videntur, per predicationem « episcoporum jussimus emendare. » *Decretio* de 596; Pertz, *Monumenta Germaniæ antiqua. Leges*, t. I, p. 9. — « Incesta matrimonia... emendentur « episcoporum judicio. » Capitulaire de 543; Pertz, t. I, p. 18. — « De incestis... magnam curam habeant sacerdotes. » Capitulaire de 769; Pertz, t. I, p. 33. — Cf. Pertz, t. I, pp. 36, 64, 88, 95, 100, 106, 132, 188, 255, 372, 525; Pardessus, *La loi salique*, p. 287.

Il est nécessaire d'ajouter que l'*incestum matrimonium* ne correspond pas toujours exactement à ce que nous appelons un mariage incestueux. Un capitulaire de l'empereur Louis II, daté de 866, regarde comme un *incestum* le mariage avec une religieuse. Pertz, *Leges*, t. I, p. 444.

² Grégoire de Tours, V, 2; éd. Guadet et Taranne, t. I, p. 272.

La liste des empêchements continuait cependant toujours à s'accroître; on constate, au ^{vi}^e siècle, l'existence de l'empêchement de parenté spirituelle; au ^{ix}^e, on voit naître celui de crime; au ^x^e siècle la parenté comme l'alliance forme obstacle au mariage jusqu'au quatorzième degré civil; en 1139, le concile de Latran fait du vœu solennel de religion et de l'engagement dans les ordres sacrés un empêchement dirimant; vers la même époque, la différence de culte est regardée comme produisant le même résultat.

Mais un courant contraire allait bientôt commencer à se dessiner dans la législation ecclésiastique. En 1215, le quatrième concile de Latran réduisit l'empêchement de parenté et d'alliance du septième au quatrième degré canonique; peu d'années auparavant, une autre innovation, celle-là moins heureuse, avait enlevé au rapt sa qualité d'empêchement dirimant.

Depuis cette époque jusqu'au concile de Trente, aucune modification sérieuse ne fut apportée à la réglementation du mariage. Aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles, les conciles firent les plus grands efforts pour généraliser l'usage de la publication des bans et de la célébration en face d'Église; mais, bien que proclamées illécites et frappées des peines les plus sévères, les unions clandestines n'en continuèrent pas moins à être regardées comme tout à fait valides.

L'accord parfait qui régnait depuis dix siècles entre l'Église et l'État au sujet du mariage, commença, dans la seconde moitié du ^{xvi}^e siècle, à recevoir quelques atteintes.

Le Protestantisme avait, sur ce point, brusquement rompu avec toute la tradition catholique; s'attaquant au principe même de la juridiction ecclésiastique sur le mariage, il s'était refusé à voir dans cette institution un sacrement¹. Le vœu solennel de

¹ Luther, *Lib. de captivitate Babylonica*, cap. de *Matrimonio*; Calvin, *Inst.*
D.

religion, l'engagement dans les ordres sacrés, la différence de culte, la parenté spirituelle, l'empêchement dit de crime furent successivement rejetés par les fondateurs de la religion nouvelle; quant aux empêchements de parenté ou d'alliance, tous le réduisirent dans de plus ou moins étroites limites.

Mais il est un point sur lequel ils se montrèrent cependant plus sévères que l'Église catholique elle-même : nous voulons parler du mariage des enfants mineurs. Luther, Mélanchton et Calvin le proclamèrent nul lorsqu'il avait été contracté sans l'assentiment des parents.

On ne peut nier, du reste, que le débordement des mœurs avait amené en cette matière de sérieux abus; un mouvement très réel se manifestait dans l'opinion publique en faveur d'une restriction à la liberté des enfants. Le pouvoir lui-même finit par s'en émouvoir, et, en 1536, un édit permit aux parents d'exhérer leurs enfants mineurs lorsque ceux-ci auraient osé se marier contre leur gré; on n'osait pas encore toucher à la validité même d'une telle union, on se contentait de l'envisager comme une sorte de délit.

Pour répondre aux attaques formulées par le Protestantisme contre la plupart des dogmes et des pratiques de l'Église, un concile général fut assemblé à Trente en 1545. La question du mariage retint fort longtemps l'attention des théologiens. Malgré les instances de Charles IX, on y condamna de nouveau l'opinion qui regardait comme un empêchement dirimant le défaut de consentement des parents; mais, sur d'autres points, des modifications assez graves furent apportées aux anciennes règles. On réduisit assez notablement les empêchements d'affinité illicite, de parenté spirituelle et d'honnêteté publique; on in-

titutio Christiana, L. IV, c. xix, 34; Mélanchton, *Loci communes*, tit. de *Conjugio*.

terdit le mariage entre le ravisseur et sa victime, tant que celle-ci se trouverait en sa puissance; enfin la présence à tout mariage du propre curé des parties et de deux témoins fut requise à peine de nullité : cette dernière innovation, de beaucoup la plus importante, avait été sollicitée par Charles IX.

Le concile de Trente ne fut jamais reçu en France par l'autorité séculière; un certain nombre de ses décrets avaient été jugés contraires aux « libertés, maximes et franchises de l'Église gallicane », et c'étaient là choses avec lesquelles on ne plaisantait point. Ajoutons tout de suite que l'ordonnance de mai 1579, plus connue sous le nom d'ordonnance de Blois, fit passer dans notre législation la nécessité de la présence du curé.

Mais, en ce qui concernait le mariage des enfants de famille, le pouvoir civil refusa toujours de se soumettre à la décision du concile. Sans oser tout d'abord la heurter de front et rompre ainsi en forme avec l'Église, il se lança dans une suite de demi-mesures plus ou moins franches, qui aboutirent en somme, vers le milieu du xvii^e siècle, à faire envisager ces mariages comme nuls.

Un théologien espagnol, Melchior Cano, venait alors d'émettre une théorie nouvelle¹, erronée sans doute², mais ingénieuse, et qui allait permettre à l'État de masquer d'une couleur orthodoxe ses entreprises sur le mariage : nous voulons parler de la distinction fameuse du *contrat* et du *sacrement*.

Dans tout mariage, disait-on, il y a deux choses : en premier lieu, l'échange des volontés, le consentement réciproque des

¹ Dans ses *Loci communes theologiæ*, imprimés pour la première fois en 1562; voir le ch. V. Cet ouvrage, plusieurs fois réimprimé, l'a été notamment dans le t. I du *Theologiæ cursus completus* de l'abbé Migne.

² Elle a été condamnée une dernière fois par le pape Léon XIII, dans l'encyclique *Arcanum* (10 février 1880).

deux parties à se prendre pour époux, véritable contrat d'ordre purement naturel; vient ensuite le sacrement, qui se superpose au contrat pour le sanctifier. Le contrat étant la matière du sacrement, celui-ci est nul lorsque celui-là se trouve affecté d'un vice radical.

On voit tout de suite les conséquences que l'on pouvait tirer d'un semblable principe; si le mariage avait pour base un contrat ordinaire, ce contrat se trouvait soumis, comme tout autre, à la puissance séculière : l'État pouvait donc établir des empêchements au mariage. Il lui était toujours impossible de toucher au sacrement; c'eût été là « une impiété absurde¹ » à laquelle il ne songeait même pas; mais, comme l'efficacité du sacrement était subordonnée à la validité du contrat, il se trouvait en somme maître de la situation.

Cette doctrine convenait trop bien aux tendances nouvelles de la royauté pour ne pas être immédiatement admise en France. A la fin du ^{xvii}e siècle, le Parlement de Paris la considérait comme faisant pour ainsi dire partie de notre droit public. En 1675, un sieur Jacques L'Huillier ayant paru mettre en doute, dans sa thèse de doctorat en théologie, le droit pour l'État de créer des empêchements dirimants², il fut mandé devant la Cour avec le syndic de la faculté. Le premier président de Lamoignon lui démontra longuement l'erreur qu'il avait commise, et, dans un discours où brillaient les maximes du plus pur gallicanisme, maintint les droits de la puissance civile; l'avocat général Denis Talon prit ensuite la parole : mais tandis que le premier magistrat de la compagnie avait reconnu à l'Église aussi bien qu'à

¹ Houard, *Dictionnaire de la coutume de Normandie*, 1780, t. I, p. 337.

² Voici le texte de la proposition incriminée : « Non audiendus quisquis « hanc potestatem (solvendi impedimenta dirimentia Matrimonium) Ecclesiæ « eripit, ut principibus sæcularibus eam adscribat. » *Examen de deux questions importantes sur le mariage* (par Le Ridant), p. 81, note.

l'État le droit de régler les conditions de validité du mariage, le chef du parquet revendiqua ce droit pour l'État seul¹.

Cette dernière doctrine, enseignée déjà par le théologien Launoy², ne rallia jamais l'unanimité des jurisconsultes. Si, au siècle suivant, aucun d'eux ne mit plus en doute les droits de la puissance séculière, ceux qui refusèrent à l'Église le droit d'établir des empêchements dirimants continuèrent toujours à être fort peu nombreux³.

Pour assurer dans la pratique ce pouvoir qu'il venait de se reconnaître à lui-même, l'État avait recours à une procédure d'autant plus dangereuse qu'elle manquait de règles bien précises : l'appel comme d'abus. Bien qu'ayant en fait des origines assez anciennes, cette institution n'avait reçu un commencement d'organisation que dans les premières années du xvi^e siècle; employée d'abord uniquement dans des matières de haute im-

¹ On trouvera le texte de ces deux discours dans l'ouvrage précité, pp. 80 et suiv.

² *Regia in matrimonium potestas*, 1674, in-4^o, Paris.

Cet ouvrage fit beaucoup de bruit; la Congrégation de l'*Index* le condamna par décision du 10 septembre 1688. Dès 1678, Jacques L'Huillier, sur qui les remontrances de M. le premier président semblent avoir produit fort peu d'effet, publia contre Launoy un ouvrage d'une grande violence : *In librum magistri Joannis Launoyi theologi parisiensis qui inscribitur Regia in matrimonium potestas observationes*, in-4^o, s. l. Il y soutenait que l'Église seule avait le droit de créer des empêchements au mariage.

Dans le but de concilier tout le monde, Gerbais fit alors paraître, en 1690, son *Traité pacifique du pouvoir de l'Église et des princes sur les empêchemens du mariage*, in-4^o, Paris. Comme l'indique le titre même de son œuvre, il reconnaissait aux deux puissances le droit d'intervenir dans la question.

On pourra consulter pour plus de détails sur cette affaire *la Bibliothèque des auteurs ecclésiastiques*, de Dupin, 2^e éd. t. XVIII, pp. 52 et suiv., 201 et suiv.

³ Nous ne pouvons citer que Guy du Rousseau de la Combe, *Recueil de jurisprudence canonique et bénéficiale*, v^o *Empêchement du mariage*, sect. II, n^{os} 3 et suiv., et Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v^o *Mariage*.

portance, elle était devenue peu à peu d'un usage beaucoup plus général¹. A la fin du siècle, on commençait à déférer aux parlements, par cette voie de recours extraordinaire, les sentences des officialités en matière de mariage.

L'Église ne laissa point passer sans protestation cette nouvelle atteinte à ses privilèges séculaires. L'assemblée du clergé de 1605 supplia le roi « pour obvier aux scandales qui avoient à chacun jour en ce royaume pour les entreprises que « faisaient ses officiers sur le fait des mariages... ordonner qu'à « l'avenir nul n'entreprendroit la connaissance d'iceux, principalement et incidemment, en quelque manière que ce fût² ».

L'édit de décembre 1606 fit droit à ces réclamations; il proclama, comme l'avait déjà fait en 1580 l'ordonnance de Melun³, la compétence exclusive du juge ecclésiastique en cette matière⁴. Ce ne furent là toutefois que de belles paroles, et les parlements continuèrent à connaître des causes matrimoniales. Pendant plus d'un siècle, en 1625, 1645, 1655, 1665, 1705, 1715, 1723, 1725, 1730, 1735, 1740, 1745, 1755, 1760, 1765, le clergé renouvela ses réclamations, mais la Cour ne lui fit plus que des réponses évasives⁵. La juridiction laïque cependant continuait, lentement mais sûrement, sa marche envahissante; dans la seconde moitié du xviii^e siècle, l'appel comme d'abus, toujours qualifié de « voie extraordinaire⁶, » était devenu en réalité le mode normal de poursuivre la nullité d'un mariage⁷.

¹ Fêvret, *Traité de l'abus*, éd. de 1736, t. I, pp. 11 et 12; Fleury, *Institution au droit ecclésiastique*, éd. de 1687, t. II, p. 217.

² *Mémoires du clergé*, t. V, p. 690.

³ Art. 25; Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIV, p. 471.

⁴ Isambert, t. XV, p. 307.

⁵ Desforges, *Étude historique sur la formation du mariage*, p. 166.

⁶ Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 452.

⁷ Fleury écrivait déjà en 1687 : « Si l'on accuse un mariage de nullité.

Lorsque survint la Révolution, l'État, en théorie comme en pratique, avait donc peu à peu enlevé à l'Église la suprématie qu'elle possédait originellement sur ce contrat.

Néanmoins, cela ne suffisait pas encore à tous les esprits, et le parti philosophique réclamait des réformes beaucoup plus radicales : il voulait supprimer d'une manière absolue toute intervention religieuse dans les questions matrimoniales.

Dès 1748, Montesquieu, restant toujours dans des généralités prudentes, prenait un ton assez cavalier vis-à-vis de la religion qui « dans tous les pays et dans tous les temps, s'était mêlée « des mariages¹. » En 1771, dans ses *Questions sur l'Encyclopédie*, Voltaire regardait le mariage comme « un contrat du « droit des gens dont les catholiques romains avaient fait un « sacrement » et voulait « que le contrat conforme au droit des « gens, produisît tous ses effets civils². » Quelques années plus tard, dans le *Prix de la justice et de l'humanité*, il s'élevait, avec une violence peu ordinaire sous sa plume contre « un code « réputé sacré, qui était en effet la honte des lois et la subversion des États³. » On voyait enfin en 1780, un ouvrage anonyme qui semble avoir fait quelque bruit, *L'alambic des loix*, proposer de rendre le mariage un contrat purement civil, renouvelable tous les ans⁴.

« pour avoir été célébré entre mineurs, sans publication de bans, sans consentement des parents, sans témoins, hors de la présence du curé, ou par « quelque autre raison, on appelle comme d'abus de la célébration du mariage, et on demande qu'il soit déclaré avoir été mal, nullement et abusivement contracté, parce que l'on sait que les juges laïques prononceront « plutôt ainsi que les juges ecclésiastiques. » *Institution au droit ecclésiastique*, t. II, p. 41.

¹ *L'Esprit des Lois*, L. XXVI, ch. xiii.

² Edit. L. Moland, t. XX, p. 27. Cet article a été fondu plus tard dans le *Dictionnaire philosophique*, v^o Mariage.

³ Edit. L. Moland, t. XXX, p. 555,

⁴ *Mémoires secrets pour servir à l'histoire de la république des lettres*, t. XV, 11, 14 et 16 avril 1780.

Presque tous les encyclopédistes, du reste, protestaient alors contre le principe de l'indissolubilité du mariage; on voyait même se produire des insinuations en faveur de la polygamie. L'abolition du célibat ecclésiastique était également réclamée avec une assez vive insistance. Disons enfin, puisque nous parlons des projets de réforme, qu'en 1750, on vit un soir, dans un souper chez M^{lle} Quinault, Saint-Lambert proposer très sérieusement un mode de célébration du mariage qui n'eût pas été déplacé à Taïti¹.

Mais la masse de la nation semble bien être restée fort indifférente à tout ce mouvement d'idées. Les cahiers de 1789, qui nous révèlent ses véritables préoccupations, n'y font que de très rares allusions; une seule chose paraît avoir fixé l'attention des électeurs, c'est la diminution du nombre des mariages; plusieurs cahiers réclament l'établissement d'un impôt spécial sur les célibataires².

Il s'était néanmoins produit, dans les derniers mois de 1787, un événement assez important et qui avait dû contribuer quelque peu à propager l'idée d'un mariage purement civil.

Jusqu'à la révocation de l'édit de Nantes, les protestants avaient toujours conservé la faculté de se marier devant leurs ministres; mais à partir de 1685, il ne leur avait plus été possible d'agir ainsi. Ils s'étaient alors trouvés dans la nécessité ou

¹ « Le législateur a manqué son coup. Pourquoi le jeune homme et la « jeune fille ne se présentent-ils pas?... Pourquoi le... (*lacune dans le manuscrit*) n'y conduit-il pas les mariés, et le sacrifice n'est-il pas consommé « sous un grand voile? Les parfums les plus délicieux auraient fumé autour « d'eux; la musique la plus douce aurait dérobé les cris et les soupirs de la « jeune épouse. Des hymnes voluptueux et nobles auraient été chantés en « l'honneur des dieux; si on les avait invoqués sur celui qui doit naître, l'on « aurait donné à cet acte de l'importance et de la solennité. » *Mémoires de M^e d'Epinaÿ*, éd. Paul Boiteau, t. I, p. 222.

² Tiers-Etat de la sénéchaussée d'Aix (*Archives parlementaires*, t. I, p. 696); Tiers de la sénéchaussée de Beaujolais (t. II, p. 283); Tiers du

de feindre une abjuration pour recevoir d'un prêtre catholique la bénédiction nuptiale, ou de contracter *au désert*, devant un ministre de leur culte, un mariage évidemment nul suivant les lois du royaume. C'était pourtant à ce dernier parti qu'ils s'arrêtaient le plus souvent. Au XVIII^e siècle, cette situation véritablement intolérable avait fini par émouvoir assez vivement l'opinion publique; à partir de 1753 un nombre considérable d'écrits de toute nature avaient été publiés sur cette question.

Le pouvoir finit, en 1787, par écouter ces réclamations; un édit du 19 novembre permit aux non-catholiques de faire « la déclaration de leur mariage » devant le premier officier de la justice du lieu.

Inspiré par la distinction du contrat et du sacrement, cet édit avait une importance dogmatique considérable, il séparait pour la première fois en pratique deux choses qui n'avaient encore été distinguées qu'en théorie; il introduisait dans notre droit, en faveur d'une catégorie spéciale de la nation, un principe que l'Assemblée constituante allait bientôt étendre à tous les Français.

Un événement assez futile en apparence vint donner aux partisans du mariage purement civil, l'occasion de chercher à mettre leurs théories en pratique.

bailliage de Dijon (t. III, p. 135); Tiers de la communauté de Sainte-Colombe (t. III, p. 583); Merciers et épiciers de Thionville (t. III, p. 783); Tiers de la sénéchaussée de Draguignan (t. III, p. 262); Paroisse de Cormeilles en Paris (t. IV, p. 463); Paroisse de Vemars (t. V, p. 165); Tiers de la sénéchaussée de Mantauban (t. V, p. 493); Tiers de la sénéchaussée de Quimper (t. V, p. 515); Tiers de la sénéchaussée de Rennes (t. V, p. 544); Tiers de la sénéchaussée de Rouen (t. V, p. 544); Tiers de la sénéchaussée d'Elbeuf (t. V, p. 621); Bourg de Vicheray (t. VI, p. 24); Noblesse du bailliage de Villers-Cotterets (t. VI, p. 190); District des Enfants Rouges à Paris (t. VI, p. 688).

Excommuniés par l'Église, ou tout au moins regardés comme pécheurs publics, les comédiens, au xviii^e siècle, ne pouvaient recevoir la bénédiction nuptiale sans renoncer auparavant à la carrière dramatique¹. En 1790, Talma se présenta devant le curé de Saint-Sulpice pour le prier de publier ses bans; l'acteur ne voulant pas abandonner la scène, le prêtre répondit par un refus formel. Une sommation par ministère d'huissier n'ayant produit aucun effet, Talma s'adressa à l'Assemblée. Le 12 juillet 1790, sa pétition fut renvoyée au comité de constitution et au comité ecclésiastique réunis².

Les légistes gallicans, qui dominaient dans ce dernier comité, n'eurent garde de laisser échapper une aussi belle occasion; Durand de Maillane, nommé rapporteur, rédigea aussitôt un projet de décret. Désireux de « faire rentrer l'État en possession d'un « droit dont il avait depuis des siècles abandonné l'exercice à « l'Église, » il proposait de confier aux officiers municipaux le soin de recevoir la déclaration de mariage des citoyens. Les catholiques pourraient toujours continuer à recevoir la bénédiction nuptiale, mais seulement après avoir fait, comme tous les autres, leur déclaration devant l'officier public³.

Bien que distribué avant la fin de l'année, ce projet ne fut soumis à l'Assemblée qu'au mois de mai 1791; il fut repoussé le 20, après d'assez tumultueuses discussions⁴. On craignait surtout alors, en enlevant au clergé le droit de célébrer les mariages, d'affaiblir encore le peu de prestige dont jouissait l'Église constitutionnelle.

¹ Grimm et Diderot, *Correspondance*, éd. Maurice Tourneux, t. VIII, p. 259.

² *Moniteur* du 13 juillet.

³ Le texte du rapport se trouve dans le *Procès-verbal de l'Assemblée nationale*, t. LV.

⁴ *Moniteur* du 22 mai.

Néanmoins, trois mois plus tard, lors de la discussion de la constitution, le député Desmeuniers enlevait presque par surprise¹ le vote de l'article suivant :

« La loi ne reconnaît le mariage que comme contrat civil.

« Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés, et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes². »

Couronnement naturel de l'œuvre des parlementaires, cet acte rompait d'une manière définitive les derniers liens qui reliaient encore l'Église et l'État sur le terrain du mariage; il marquait ce que l'on pourrait appeler, en cette matière, la fin de l'ancien régime.

L'Assemblée constituante n'eut pas le temps de tenir sa promesse; mais, dès le 3 novembre 1791, l'assemblée législative chargea son comité de législation de rédiger un projet de décret³. La discussion commencée le 15 février 1792, se termina seulement le 20 septembre; cinq jours après, le roi donnait sa sanction au décret qui déterminait le mode de constater l'état civil des citoyens.

C'est aux municipalités que l'Assemblée, après de longues hésitations, avait fini par confier ce soin; quant aux formes de la célébration du mariage, elles étaient à peu près calquées sur celles établies par l'édit de 1787. On ne reconnaissait plus comme empêchements dirimants que l'existence d'un précédent mariage, l'impuberté, la parenté ou l'alliance en ligne directe *in infinitum*, la parenté en ligne collatérale jusqu'au degré de frère et sœur, et, pour les mineurs de vingt et un ans seulement, le défaut du consentement des parents.

¹ *Moniteur* du 28 août.

² Constitution des 3-14 septembre 1791, titre II, art. 7.

³ *Moniteur* du 4 novembre.

Par l'article final du décret, l'Assemblée déclarait qu' « elle « n'entendait ni innover ni nuire à la liberté qu'avaient tous les « citoyens de consacrer les naissances, mariages et décès par « les cérémonies du culte auquel ils étaient attachés, et par « l'intervention des ministres de ce culte. »

On sait ce que valut une semblable autorisation. Il devint bien vite impossible au prêtre orthodoxe, au « réfractaire » ainsi qu'on le qualifiait alors, d'administrer un sacrement, sinon en cachette, et avec l'échafaud ou la prison pour perspective¹. Quant au curé constitutionnel, l'indifférence des *patriotes*, et même, à partir d'une certaine époque, l'hostilité peu déguisée du pouvoir, lui enlevèrent rapidement toute influence. Le 22 janvier 1793, une proclamation du conseil exécutif provisoire lui interdit de faire aucune publication de bans². En 1798, la seule représentation d'un mariage religieux au théâtre était regardée « comme un scandale extrême pour les républicains³. »

La persécution religieuse qui avait ensanglanté la Révolution cessa complètement dès le 18 brumaire ; le concordat mit fin à l'existence précaire que traînait l'Église constitutionnelle. Les catholiques ne gardèrent pas cependant intacte la liberté que leur avait garantie le décret de 1792 ; la loi organique du 18 germinal an X défendit à tout ministre du culte de donner la bénédiction nuptiale à ceux qui ne justifieraient pas en bonne

¹ Taine, *Les origines de la France contemporaine. — La Révolution*, t. III, p. 81.

² Rondonneau, *Collection des lois*, t. IV, p. 430.

³ Rapport de police du 6 nivôse an VII (26 décembre 1798), publié par M. Welschinger, *Le théâtre de la Révolution*, p. 428. Il s'agissait de la tragédie des *Vénitiens*.

Un autre rapport constate cependant avec regret que le 15 avril 1799, à l'Opéra-Comique, le public avait bruyamment applaudi la célébration d'un mariage catholique dans *Montano et Stephanie* ; *ibid.*, p. 433.

et due forme avoir contracté mariage devant l'officier civil. Les articles 199 et 200 du Code pénal, complétant cette disposition, frappèrent même de peines très graves le ministre qui oserait l'enfreindre.

Le Code civil réglementa un peu plus sévèrement que ne l'avait fait le décret de 1792 les conditions de validité du mariage. La puberté légale fut élevée de quinze à dix-huit ans pour l'homme, de douze à quinze ans pour la femme; le fils de famille dut atteindre l'âge de vingt-cinq ans pour se marier contre le gré de ses ascendants; enfin, innovation plus grave, l'empêchement de parenté fut étendu jusqu'aux oncles et tantes, celui d'alliance aux beaux-frères et belles-sœurs.

Réglementé assez sévèrement par le Code, le divorce fut supprimé par la loi du 8 mai 1816; après d'assez nombreuses tentatives restées infructueuses, ses partisans ont réussi, le 27 juillet 1884, à le faire rétablir dans notre droit.

Dans les quelques pages qui précèdent, nous avons cherché à qui appartient, aux différentes époques de notre histoire juridique, le droit d'établir des empêchements au mariage, et dans quel ordre furent créés ces différents empêchements.

Nous devons maintenant prendre chacun d'eux isolément, pour l'étudier d'une manière un peu plus détaillée.

Jusqu'au concile de Trente, le droit canon en reconnut douze; on les énumérait ordinairement dans ces quatre vers :

*Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte coire nequibis :
Hæc socianda vetant connubia, facta retractant*¹.

¹ Saint Thomas, *Summa theologiae*, Pars tertia, Supplementum, Qu. L, art. unic.

Le concile de Trente ayant mis au nombre des empêchements dirimants le rapt et la clandestinité, Sanchez ajouta les deux vers suivants :

*Si parochi et duplicis desit præsentia testis,
Raptave sît mulier nec partî reddita tutæ*¹.

Notre ancien droit fit, en outre, au xvii^e siècle, une cause de nullité du défaut de consentement des parents pour le mariage de leurs enfants mineurs, du roi pour celui des princes du sang.

Le décret du 25 septembre 1792 ne reconnut plus comme empêchements dirimants que

La parenté,

L'alliance,

L'impuberté,

Le défaut de consentement des parents.

Il ne parlait ni de l'existence d'un précédent mariage, ni de la violence, ni de l'erreur : il est néanmoins évident qu'il n'entendait pas proscrire ces trois empêchements.

Le Code civil en ajouta deux à la liste du décret de 1792 : la clandestinité et l'incompétence de l'officier public.

Nous diviserons donc toutes nos explications en neuf chapitres.

I. — Empêchements absolus :

a. Absence du consentement des époux. Vices de ce consentement : erreur, violence, rapt.

b. Absence du consentement des personnes en la puissance desquelles ils se trouvent.

c. Existence d'un précédent mariage.

d. Impuberté. — Impuissance.

¹ Sanchez, *Disputationes de sancto matrimonii sacramento*, L. VII, disp. vi, n^o 3.

e. Engagement dans les ordres sacrés. — Vœu solennel de religion.

II. — Empêchements relatifs :

a. Parenté. — Alliance. — Honnêteté publique.

b. Différence de culte.

c. Crime.

III. — Empêchements de formalités : Clandestinité. — Incompétence de l'officier public.

Nous traiterons ensuite, dans un dixième et dernier chapitre, de l'action en nullité.

CHAPITRE PREMIER.

ABSENCE DU CONSENTEMENT DES ÉPOUX.

VICES DE CE CONSENTEMENT : ERREUR, VIOLENCE, RAPT.

« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »

Ce principe, que formule l'article 146 de notre Code, semble presque aujourd'hui une naïveté : il n'a cependant pas toujours été regardé comme essentiel. Aux premiers siècles de notre histoire, le consentement de la femme n'était pas requis pour la validité de son mariage.

Nous avons déjà dit un mot de cet usage, qui semble avoir été commun à toutes les races germaniques ou slaves : l'achat de la femme par le mari¹. On le rencontre soit encore intact, soit plus ou moins dégénéré, chez les Barbares qui envahirent la Gaule au v^e siècle, et chez les peuples qui leur étaient apparentés de plus près.

Les Saxons gardaient encore l'achat réel : « Lito regis liceat « uxorem emere ubicumque voluerit, » disait le titre XVIII de leur loi². La loi des Burgondes déterminait minutieusement les personnes à qui, si le père était mort, devait être payé le *wittimon*, le *nuptiale pretium*³.

Chez les Alamans, ce n'était plus la personne même de la

¹ Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, p. 181.

² XVIII, 1; Walter, *Corpus juris Germanici*, t. I, p. 389.

³ LXVI; Pertz, *Leges*, t. III, p. 561.

femme que le mari achetait au père, mais seulement le *mundium*, le droit de puissance¹.

La vente, parmi les Franks, était devenue purement fictive; le prix s'était définitivement fixé à treize deniers pour une jeune fille, à trois sous un denier pour une veuve : il prenait dans ce dernier cas le nom de *reipus*; on le payait aux plus proches héritiers du mari².

Ainsi transformé, le paiement n'était plus qu'une simple formalité, un des éléments de la cérémonie du mariage. Il avait donné son nom chez les Franks au mariage *per solidum et de narium*³, et, pendant tout le cours du moyen-âge, on peut suivre l'histoire des treize deniers⁴. Au milieu du xvii^e siècle, l'usage semble encore avoir été général de les faire bénir par le prêtre en même temps que les anneaux⁵; la même coutume se retrouve, jusqu'à la fin du xviii^e siècle, au mariage des rois de France⁶; de nos jours encore, des cérémonies analogues subsistent dans quelques localités⁷.

Au lieu d'être vendue, la femme était donnée : sa liberté ne gagnait guère au change; elle continuait toujours à ne jouer, dans la formation de son mariage, qu'un rôle purement passif.

¹ LIV, 2; Pertz, *Leges*, t. III, p. 62. Sic : Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 12. — Cette opinion toutefois a été traitée de subtilité; Richtofen dans Pertz, *Leges*, t. V, p. 69, note; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 340, note 5.

² *Lex salica*, XLVI, 1; Pardessus, *La loi salique*, p. 307.

³ Fredegaire, *Historiæ Francorum epitomata*, 18; éd. Guadet et Taranne, t. II, p. 299.

⁴ Edélestand du Meril, *Études sur quelques problèmes d'archéologie et d'histoire littéraire*, p. 31.

⁵ M^{me} de Motteville, *Mémoires*, éd. F. Riaux, t. IV, p. 214.

⁶ Voir pour le mariage de Louis XV, P. de Raynal, *Le mariage d'un roi*, p. 273; pour celui de Louis XVI, Ed. et J. de Goncourt, *Histoire de Marie-Antoinette*, p. 23.

⁷ Viollet, *Précis*, p. 355.

L'Église, qui avait toujours regardé le consentement réciproque des deux époux comme la condition première de l'union conjugale, s'efforça naturellement de faire prévaloir ce principe chez les Barbares : elle semble avoir eu quelque peine à y réussir ; mais, à partir d'une époque, que l'on peut approximativement fixer au commencement du ix^e siècle, la nécessité du consentement de la femme est admise, du moins en théorie¹.

Dans la pratique, on continua pendant longtemps encore à ne pas tenir grand compte de sa volonté. Vers 850, Benoît le Lévite, voulant exprimer l'état réel de la question, employait cette singlière formule : « Sciscitandum est, si vult pater virginis, quia caput mulieris vir. Requirenda est a patre voluntas virginum, dum Deus relinquat hominem in manibus consilii sui². » On disait encore, au xi^e siècle, qu'un père *achetait* une femme à son fils³.

Au xvii^e siècle, du reste, la liberté de la femme n'était, en fait, guère mieux respectée. Lorsque, dans *Sganarelle*, Gorgibus dit à sa fille qui ne veut pas épouser Valère :

Mais suis-je pas bien bon de vouloir raisonner.
Où de droit absolu j'ai pouvoir d'ordonner⁴?

Il ne faut pas voir dans ces paroles une pure fanfaronnade ; des faits nombreux sont là qui démontrent, suivant une parole devenue presque banale, que la littérature était bien l'expression de la société⁵.

¹ Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 343.

² *Capitularium*, III, 455 ; Pertz, *Leges*, t. II, 2^e partie, p. 131.

³ *Vie de saint Alexis*, vers 40 ; éd. G. Paris, p. 2.

⁴ *Sganarelle*, acte I, sc. 1 ; cf. *Tartuffe*, acte II, sc. II.

⁵ Citons-en un au hasard :

« Mon père m'engagea, dit la présidente Ferrand, comme c'est la coutume, sans m'en parler, et m'apprit qu'il ne falloit plus, pour consommer

D'éminents magistrats, du reste, approuvaient complètement cette manière d'agir. Au mois de février 1662, l'avocat général Bignon déclarait en plein parlement que « les théologiens modernes avoient passé trop avant, en disant qu'il n'y avoit point « de mariage lorsqu'un père avoit contraint son fils ou sa fille « à un mariage; que cette maxime étoit dangereuse dans le « public; qu'il étoit permis souvent à un père qui scait ce qui « est avantageux à ses enfants, de les engager par quelque « contrainte à un mariage, *cogendo persuadere*¹. »

Au XVIII^e siècle, dans la haute société du moins, les parents choisissaient encore l'époux de leur fille, et ne la consultaient que pour la forme²; elle pouvait s'estimer heureuse lorsqu'on ne l'obligeait pas à épouser un homme qu'elle détestait³. Les fils de famille eux-mêmes ne se trouvaient pas toujours beaucoup mieux traités : il fallut mettre le duc de Richelieu à la Bastille pour l'obliger à consommer son mariage⁴; en 1779 encore, lorsque le jeune prince de Nassau, âgé seulement de douze ans, épousa M^{lle} de Montbarey, on dut le menacer du fouet s'il continuait à « crier comme une chouette » pour ne pas danser avec sa femme⁵.

« cette terrible affaire, qu'un consentement qu'il ne croyoit pas qu'il dut me « demander. » *Histoire des amours de Cléante* (le baron de Breteuil) *et de Belise* (Anne de Belinsani), réimprimée par Eug. Asse à la suite des *Lettres de la présidente Ferrand*, p. 186.

¹ *Journal des principales audiences du Parlement de Paris*, t. II, p. 440.

² Rousseau, *Emile*, L. V. Cf. *La nouvelle Héloïse*, 1^{re} partie, Lettre LXIII; 2^e partie, Lettre II; 3^e partie, Lettre XVIII; Bernardin de Saint-Pierre, *Paul et Virginie*, conversation de Paul avec le vieillard.

Voir encore Ed. et J. de Goncourt, *La femme au XVIII^e siècle*, pp. 22 et suiv.

³ Lucien Pérey, *Aventures d'une grande dame au XVIII^e siècle*.

⁴ *Vie privée du maréchal de Richelieu*, cp. *Mémoires*, éd. Barrière, pp. 353 et suiv.

⁵ Baronne d'Oberkirch, *Mémoires*, t. I, p. 127.

Ce n'était pas seulement le père, mais encore le roi qui, à l'origine, prétendait au droit de marier ses sujettes. Antérieurement à la conquête, les chefs des tribus germaniques avaient joui de ce pouvoir¹; les rois des Francs n'eurent garde de le laisser tomber en désuétude.

Il soulevait néanmoins d'assez vives réclamations; en 557, le troisième concile de Paris avait frappé d'anathème quiconque épouserait une fille ou une veuve contre le gré de ses parents et grâce à l'intervention royale²; en 614, Clotaire II fut contraint par les grands de renoncer à cet exorbitant privilège³.

Les rois de France continuèrent cependant, même au xvii^e siècle, à exercer parfois une certaine pression sur le mariage de leurs sujets. Nous voyons en 1665, Louis XIV, « voulant la mettre en état de choisir par elle-même » faire enlever de son couvent Sidonia de Lenoncourt par un exempt et douze gardes⁴; deux ans plus tard, en 1667, il « conclut » le mariage du duc de Chevreuse avec la fille aînée de Colbert⁵. Il importe d'ajouter que l'opinion publique, à la cour, ne voyait dans ces faits absolument rien de choquant.

Depuis le commencement du ix^e siècle, avons-nous dit plus haut, la nullité du mariage n'est pas mise en doute lorsque le consentement de l'un ou l'autre des époux fait défaut.

Il est nécessaire que le défaut de consentement porte sur le mariage lui-même : l'intention manifestée par l'un des conjoints de ne jamais remplir ses devoirs d'époux ne saurait être consi-

¹ Post, *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis*, t. II, p. 123.

² Hardouin, *Conciliorum collectio regia maxima*, t. III, col. 338.

³ Pertz, *Leges*, t. I, p. 2.

⁴ Marquise de Courcelles, *Mémoires*, éd. Pougin, p. 58.

⁵ Lettre de Louis XIV au duc de Chaulnes, ap. P. Clément, *Lettres, instructions et mémoires de Colbert*, t. VII, p. 349.

dérée comme impliquant de sa part refus de consentir au mariage; ce principe, évident du reste, a été reconnu par le tribunal de la Seine dans l'affaire célèbre du marquis de Grolée-Virville (17 mai 1861; S. 64.1.45)¹.

Si les conjoints manifestaient extérieurement un consentement absent en réalité, le droit canon décidait qu'il n'y avait pas de mariage². Cette solution doit-elle encore être admise aujourd'hui?

Peu d'auteurs ont examiné la question; tous³, sauf un⁴, ont conclu à la négative. La Cour de Lyon, saisie en 1856 d'une instance en nullité de mariage pour cause de simulation, esquiva la difficulté; elle admit la demande mais pour clandestinité (10 avril 1856; S. 56.2.706).

Il nous semble évident que, en pareille hypothèse, le mariage est nul; l'article 146 déclare, d'une manière tout à fait générale, que le défaut de consentement est une cause de nullité : or qui dit simulation dit par là même absence de consentement.

Incapable de consentir, le fou est naturellement incapable de se marier : le droit canon⁵, l'ancien droit⁶ et le Code⁷ sont d'accord sur ce point; toutefois, le mariage qu'il viendrait à

¹ La plaidoirie de Jules Favre pour le marquis de Grolée devant le tribunal de la Seine a été publiée dans le tome I^{er} de ses *Plaidoyers politiques et judiciaires*, p. 605.

² Saint Thomas, *Summa theologiae*, Pars tertia, Supplementum, Qu. XLV, art. iv.

³ Merlin, *Répertoire*, v^o *Simulation*; Rolland de Villargues, *Répertoire*, h. v.

⁴ Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, n^o 144.

⁵ *Décr. de Gratien*, Pars sec., Cau. XXXII, Qu. vii, c. 26 (décrétale du pape Fabien).

⁶ Gui du Rousseaud de La Combe, *Jurisprudence canonique*, v^o *Mariage*, n^o 4; Pothier, *Tr. du contrat de mariage*, n^o 92.

⁷ Arg., art. 146.

contracter pendant un intervalle lucide est reconnu valable par les mêmes législations.

Cette dernière solution doit-elle être étendue à l'aliéné interdit? La plupart des anciens auteurs ne faisaient aucune distinction; Denizart seul semblait croire celui-ci frappé d'incapacité absolue¹.

Le projet primitif du Code renfermait un article 3 ainsi conçu :

« Sont incapables de contracter mariage :

« 1° L'interdit pour cause de démence ou de fureur. »

Sur la proposition de Cambacérès, l'article fut supprimé. Les dispositions qu'il contenait, avait-il fait remarquer, n'étaient que des conséquences de la règle générale, qui exige pour le mariage un consentement valable.

Il ne resta plus alors que l'article 4 devenu, après quelques changements de rédaction, notre article 146 :

« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »

La section de législation du tribunal, saisie d'abord officiellement du projet, fit observer « que cette disposition exigeait « un article formel, qui établit comme règle certaine que l'interdit pour cause de démence était en fait de mariage, hors « d'état de donner un consentement, lors même qu'il aurait des « intervalles lucides. »

Elle proposa donc l'addition suivante :

« L'interdit pour cause de démence ne peut contracter mariage. »

Ce paragraphe ne figura pas dans le projet définitif, adopté par le Conseil d'État le 28 octobre 1802².

Les premiers commentateurs du Code enseignèrent tous cependant que l'interdiction constituait, d'une manière absolue,

¹ *Collection de décisions nouvelles*, v° *Furieux*.

² *Loché, Législation civile*, t. IV, pp. 312, 322, 451, 460.

un empêchement dirimant de mariage; ils s'appuyaient principalement sur l'article 502 : « Tous actes passés postérieurement (à l'interdiction) par l'interdit..... seront nuls de droit. »

En 1844, la Cour de cassation adopta l'opinion contraire, soutenue déjà par Zachariæ; elle reconnut, mais incidemment et dans les motifs d'un arrêt, que le mariage contracté par un interdit dans un intervalle lucide était valable, « une nullité ne « pouvant être prononcée que sur un texte formel » (Ch. req., 12 novembre 1844; S. 45.1.256). La question depuis cette époque, ne s'est plus présentée en jurisprudence, mais la presque unanimité des auteurs se sont ralliés à l'avis de la Cour suprême¹.

Cette solution, selon nous, est la seule qui puisse être acceptée. Plus encore peut-être en matière de mariage qu'en toute autre, la capacité forme la règle, l'incapacité l'exception; or il n'existe aucun texte qui interdise d'une manière absolue à l'interdit de se marier.

L'article 502 ne saurait avoir, en effet, la portée qu'ont voulu lui reconnaître un certain nombre d'auteurs.

Les droits civils peuvent en effet se diviser en deux catégories : les uns, susceptibles d'être exercés par un représentant : ce sont les droits relatifs à la gestion et à l'administration du patrimoine; les autres, au contraire, dont l'exercice est inséparablement attaché à la personne : le plus important sans contredit est la faculté de se marier.

Que l'article 502 s'applique aux premiers, la chose est hors de doute : le but de l'interdiction est d'empêcher que l'aliéné ne dissipe sa fortune. Il ne souffrira d'ailleurs nullement de l'incapacité qui le frappe, car son tuteur accomplira pour lui les actes qu'il ne peut faire lui-même.

Il en serait autrement si les actes relatifs à la seconde caté-

¹ Voir cependant Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, n. 1180 bis.

gorie de droits tombaient également sous l'application du même article.

La privation d'exercice équivaldrait ici à la privation de jouissance; l'interdit se trouverait en un mot frappé d'une sorte de mort civile, il est inadmissible que le législateur ait entendu se montrer aussi rigoureux.

Un simple argument de texte suffirait d'ailleurs à démontrer que l'article 502 est complètement étranger à notre matière; s'il est en effet permis de dire que l'on *passé* un contrat, jamais cette expression n'a été employée au sujet du mariage.

Les travaux préparatoires, que nous avons analysés plus haut, confirment d'ailleurs absolument notre manière de voir; il en ressort très clairement qu'on a voulu laisser l'interdit, quant au mariage, sous l'empire du droit commun.

Le droit canon¹ et l'ancien droit² ne mettaient pas en doute que le sourd-muet pût contracter mariage.

Le premier projet du Code civil dans son article 3, déclarait incapables de se marier « les sourds-muets de naissance, à moins « qu'il ne fût constaté qu'ils étaient capables de manifester leur « volonté. » Cambacérès fit supprimer cette disposition comme inutile³.

Tous les auteurs reconnaissent aujourd'hui que le sourd-muet peut se marier, pourvu toutefois qu'il lui soit possible de faire connaître sa volonté; la jurisprudence se prononce dans le même sens (Toulouse, 26 mars 1824; D., J. G., v° *Mariage*, 213; Paris, 3 août 1855; S. 57.2.443).

¹ *Decret. Grégoire IX*, L. I, t. XII, c. 23.

² Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 92. Cf. un arrêt du Parlement de Paris, du 16 janvier 1658, dans Sœfve, *Nouveau recueil de plusieurs questions notables*.

³ Loqué, *Législation civile*, t. IV, pp. 312 et 322.

Le consentement donné par les époux au mariage peut avoir été obtenu par violence ou se trouver entaché d'erreur.

Les lois d'Æthelbert¹ autorisaient le mari à renvoyer sa femme toutes les fois qu'il avait été trompé sur son compte, comme si, par exemple, elle n'était pas vierge. Peut-on généraliser cette décision et dire que, chez les Barbares, le mariage était un contrat résoluble, comme une simple vente, pour défaut caché? Il est bien possible qu'à l'origine, lorsque la femme était réellement achetée, il en eût été partout ainsi; mais, dans les lois barbares rédigées en Gaule, on ne trouve aucune trace d'une semblable coutume.

Les canonistes distinguent, en matière de mariage, quatre espèces d'erreurs² :

1° L'erreur sur la personne, *error personæ*, lorsque, pour prendre l'exemple proposé par Gratien, une femme épouse Platon croyant s'unir à Virgile;

2° L'erreur sur la condition, *error conditionis*, quand on épouse une personne esclave la croyant libre;

3° L'erreur sur la qualité, *error qualitatis*, quand on s'unit à une femme du peuple la croyant noble, à une prostituée la croyant vierge;

4° L'erreur sur la fortune, *error fortunæ*, quand on épouse une personne pauvre la croyant riche.

L'erreur sur la personne a toujours été regardée, par les canonistes aussi bien que par les jurisconsultes, comme entraînant la nullité du mariage : elle détruit d'une manière absolue le consentement. Ajoutons cependant que, à part l'histoire de

¹ Citées par M. Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, p. 195.

² *Décr. de Gratien*, Pars. sec., Cau. XIX, Qu. 1.; P. Lombard, *Sententiarum libri IV*, L. IV, dist. xxx (Migne, *Patrologie latine*, t. CXCII, col. 916); saint Thomas, *Summa theologica*, Pars tertia, Supplementum, Qu. LI, art. 11.

Lia et Jacob¹, on n'a jamais pu citer aucun exemple d'une semblable erreur.

De très bonne heure, l'erreur sur la condition fut également regardée comme formant un empêchement dirimant. C'est la doctrine qu'enseigne au vi^e siècle, le pape saint Grégoire dans une lettre à Fortunat²; c'est également l'opinion du concile de Verberie en 752 : cette assemblée ordonne toutefois à l'époux libre de chercher, avant de faire annuler son mariage, à racheter son conjoint esclave³. Le concile de Compiègne, en 756, ne parle plus de ce rachat⁴; diverses décrétales d'Innocent III, Alexandre III, Urbain III, admettent également d'une manière absolue la demande en nullité⁵.

La raison d'être de cet empêchement est ainsi exposée par saint Thomas : « Cum per matrimonium alter conjugum alteri
« obligetur ad libere reddendum debitum, servitutis conditio-
« nem quæ liberam reddendi debiti facultatem tollit, necesse est
« dirimere matrimonium, dummodo sit ignorata⁶. »

Ce motif finit par disparaître lorsque l'esclave, devenu le serf, vit son infériorité se réduire à quelques incapacités successorales ou testamentaires. Aussi, au xviii^e siècle, les canonistes reconnaissaient-ils que l'empêchement de la condition n'avait plus lieu en France au sujet des Français naturels⁷; cette manière de voir était partagée par les jurisconsultes⁸.

L'erreur sur les qualités n'est pas jugée, en principe, suffisante pour faire annuler un mariage ; elle n'affecte pas en effet

¹ *Genèse*, xxix, 21 et suiv.

² L. VII, *Ep. prima*; Ed. Migne, t. III, col. 831.

³ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. III, col. 1990.

⁴ Hardouin, t. III, col. 2005.

⁵ *Décrét. Grég. IX*, L. IX, t. iv, c. 2, 3 et 4.

⁶ *Summa theologica*, Pars tertia, Suppl., Qu. LII, art. i.

⁷ *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, 1715, t. II, p. 124.

⁸ Pothier, *Tr. du contrat de mariage*, n° 312.

le consentement d'une manière aussi grave que l'erreur sur la personne. Celle que l'on a épousée ne possède pas telle ou telle qualité que l'on croyait rencontrer en elle; elle n'en est pas moins la personne à laquelle on avait eu l'intention de s'unir.

Il y a cependant un cas où l'erreur sur les qualités engendre, en droit canon, une cause de nullité; c'est lorsque, pour employer l'expression consacrée « *redundat in personam*, » elle réagit sur la personne. Mais quand peut-on dire qu'elle produit ce résultat? Les anciens canonistes ne pouvaient se mettre d'accord sur une formule bien nette. Sanchez trouvait même cette question « *maximi momenti ac difficillima*¹. » Nous ne la croyons pas cependant aussi délicate, et l'exemple proposé par saint Thomas en fournit aisément la solution : « Si error nobilitatis vel dignitatis redundat in personam, — dit-il, — tunc impedit matrimonium; unde si consensus mulieris feratur in ipsam personam directe, error nobilitatis ipsius non impedit matrimonium; si autem directe intendit consentire in filium regis quicumque sit ille, tunc si alius præsentitur ei quam filius regis, est error personæ, et impeditur matrimonium². » Cela revient à dire que l'erreur réagit sur la personne quand elle porte sur les qualités constituant ce que nous appelons aujourd'hui l'individualité civile; elle entraîne la nullité du mariage lorsque la considération de cette individualité était la cause déterminante du consentement.

Quant à l'erreur sur la fortune, le droit canon, pas plus que notre ancien droit, ne la regardèrent jamais comme une cause de nullité.

Le décret du 27 septembre 1792 fut muet sur la nature et les effets de l'erreur en matière de mariage.

¹ De Matrimonio, L. VII, disp. XVIII, n° 25.

² Summa theologica, Pars tertia, Supplementum, Qu. LI, art. II.

Lors de la préparation du Code, de longues discussions, malheureusement assez confuses, s'engagèrent à ce sujet; nous allons les résumer aussi brièvement que possible.

L'article 4 du projet primitif déclarait :

« Le mariage n'est pas valable, si les deux époux n'y ont pas donné un consentement libre. »

« Il n'y a point de consentement : ... »

2° S'il y a eu erreur dans la personne que l'une des parties avait eu intention d'épouser. »

Réal fit observer que, dans la jurisprudence actuelle, l'erreur ne viciait le mariage que si elle portait sur l'individu, et non si elle tombait seulement sur le nom ou sur les qualités.

Le premier consul dit « que le nom, les qualités, la fortune, entraient dans les motifs qui déterminaient le choix d'un époux ou d'une épouse. L'erreur sur ces circonstances détruisait donc le consentement, quoiqu'il n'y eût pas d'erreur sur l'individu. »

La discussion s'égara tout de suite sur les effets de l'inobservation des formes prescrites pour la manifestation du consentement.

Elle reprit dans la séance du 4 vendémiaire an X, à l'occasion de l'article 3, chapitre III, section II :

« La nullité résultant de ce que, dans un mariage, il y a eu erreur sur la personne que l'une des deux parties avait intention d'épouser, n'appartient qu'à celui des époux qui a été dans l'erreur. »

Bonaparte reprocha à cet article de manquer de clarté. « On n'entend pas, dit-il, ce qu'il appelle erreur de personne. »

Il émit le vœu que le mariage fût déclaré nul toutes les fois :

1° Qu'il y aurait erreur sur l'individu ;

2° Qu'il y aurait erreur sur la famille, et que l'individu en serait complice.

L'article fut renvoyé à un nouvel examen de la section.

Il revint le 6 brumaire.

Après avoir fixé les circonstances dans lesquelles un mariage pourrait être attaqué pour cause de violence, il poursuivait :

« Il en est de même s'il y a eu erreur dans la personne. »

A la suite d'une courte discussion, l'article fut adopté en principe, mais renvoyé de nouveau à la section pour modification de rédaction.

Enfin, dans la séance du 24 frimaire an X, la question de l'erreur fut une dernière fois examinée.

« Il n'y a pas de mariage, disait l'article 2, aujourd'hui article 146, lorsqu'il n'y a point de consentement. »

« Il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence ou erreur sur la personne. »

On reconnut sans difficulté aucune que l'erreur sur la personne physique était une cause de nullité ; la discussion porta uniquement sur ce point : quel devait être l'effet de l'erreur sur la personne civile ?

Le premier consul insista fortement pour qu'elle viciât le mariage seulement dans un cas : lorsque l'époux sur l'identité duquel on se serait trompé aurait dissimulé son véritable nom. Cette théorie rencontra, au sein du Conseil d'État, une assez vive opposition. Malleville déclara incidemment « que l'erreur sur les qualités de la personne n'avait jamais été accueillie comme cause de dissolution du mariage ; » Tronchet, répondant à une observation de Regnier « qu'il n'était point de mariage où l'un des deux époux n'eût pu se tromper sur les qualités morales de l'autre, » répliqua « qu'il lui paraissait hors de la question. »

Enfin de compte, le second alinéa fut supprimé sur la proposition de Cambacérès. La question de l'erreur ne se trouve donc plus aujourd'hui prévue que par l'article 180, § 2.

« Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur. »

En présentant au Corps législatif le titre du *Mariage*, Portalis s'exprima ainsi sur cet article :

« L'erreur, en matière de mariage, ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même. Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne; on me trompe ou je suis trompé par un concours singulier de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré : le mariage est nul¹. »

C'est dans ce sens que les premiers commentateurs entendirent l'article 180; tous enseignèrent que l'erreur, pour entraîner la nullité du mariage, devait soulever une question d'identité. Quelques-uns d'entre eux cependant admettaient à ce principe des exceptions qui le compromettaient singulièrement; Merlin déclara nul le mariage contracté par erreur avec un impuissant²; Delvincourt étendit cette solution au mariage avec un moine³. Duranton, à l'union avec un forçat libéré⁴. Marcadé enfin, renversant le mur dans lequel on avait déjà partiqué de si fortes brèches, inaugura franchement un nouveau système. Après avoir énuméré, comme exemples d'erreurs assez graves pour faire annuler un mariage, l'impuissance certaine, la prostitution publique d'une fille qu'on croyait pure, un vœu solennel de continence, l'état de forçat libéré, il ajoutait : « On

¹ Loaré, *Législation civile*, t. IV, pp. 312, 326, 354, 364, 407, 413, 426, 440-444, 447, 448, 510.

² *Répertoire*, v^o *Impuissance*, n^o 2.

³ *Cours de Code civil*, t. I, p. 151.

⁴ *Cours de droit français*, t. II, n^o 62.

« comprend que les circonstances diverses de chaque affaire
« devront exercer une grande influence sur la décision. » Et il
finissait par conclure : « Tout est laissé ici à l'appréciation des
« magistrats¹. »

Quelques années plus tard, M. Demolombe venait encore
apporter à ce système l'appui de son incontestable autorité.
« Les tribunaux auront à considérer, disait-il, toutes les cir-
« constances du fait, la position de l'époux trompé, son carac-
« tère personnel, toute la situation enfin, pour décider en fait
« si cette erreur a ou n'a pas en effet altéré d'une manière pro-
« fonde son consentement, si elle a enfin ou si elle n'a pas
« produit ce que l'article 180 appelle erreur dans la per-
« sonne². »

La jurisprudence, du reste, interprétait généralement d'une
manière assez large cet article 180. On vit successivement an-
nuler le mariage contracté par erreur avec un ci-devant moine
profès (Colmar, 6 décembre 1811 ; S. C. N. 3.2.588), ou avec un
prêtre catholique (Agen, 6 juillet 1860 ; S. 60.2.253), avec une
fille adultérine crue légitime (Boulogne, 26 août 1853 ; S. 54.
2.114). En 1858, le tribunal de Chaumont alla même jusqu'à
voir, dans la grossesse dissimulée de la femme au moment de
la célébration du mariage, une cause suffisante de nullité (9 juin
1858 ; S. 58.2.543).

Par contre, d'autres juridictions s'étaient refusées à voir une
cause de nullité dans l'erreur sur l'aptitude physique à la gé-
nération (Riom, 30 juin 1828 ; S. C. N. 9.2.105), sur les senti-
ments religieux du mari (Montpellier, 4 mai 1847 ; S. 47.2.418).

Une affaire qui eut en France un grand retentissement vint
donner à la Cour suprême l'occasion de se prononcer sur cette
importante question.

¹ *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. I, n° 638.

² *Cours de Code civil* (première édition), t. III, n° 253.

Un sieur Berthon avait été condamné par la cour d'assises de la Drôme, en 1844, à quinze ans de travaux forcés pour complicité d'assassinat; grâce à une commutation et à deux remises successives de peine, il était sorti de prison en 1855. Deux ans après, il s'était marié.

Des indiscretions malveillantes firent bientôt connaître à la femme le passé de son mari; elle introduisit aussitôt, devant le tribunal de la Seine, une instance en nullité de mariage pour cause d'erreur dans la personne.

Par jugement du 29 juin 1860, la demande fut rejetée : « At-
« tendu, en droit, que si, aux termes de l'article 146, C. Nap.,
« il n'y a pas de mariage quand il n'y a pas de consentement,
« l'article 180 n'admet comme cause de nullité sous ce rapport,
« outre le défaut de liberté, que l'erreur dans la personne; que
« le sens vrai de ces expressions doit se rechercher dans le
« projet primitif du Code, les observations des tribunaux, les
« procès-verbaux des séances du Conseil d'État.... et l'exposé
« des motifs; que l'étude de ces documents divers laisse la con-
« viction que l'erreur, dans la personne, soit qu'on l'entende
« de la personne physique, soit qu'on l'applique même à la
« personne civile, ne peut dans aucune hypothèse s'étendre à
« une déception semblable à celle dont la femme Berthon a été
« victime..... »

Sur appel, la cour de Paris confirma le jugement (4 février 1860; S. 60.2.72).

L'affaire fut alors portée devant la Cour de cassation.

Après un délibéré de plusieurs jours, la chambre civile cassa, contrairement aux conclusions de M. l'avocat général de Raynal, l'arrêt qui lui était déféré : « Attendu qu'il est du droit et du
« devoir des tribunaux d'examiner, d'après les faits et circons-
« tances de la cause, jusqu'à quel point l'erreur a porté sur des
« conditions substantielles, constitutives de la personne civile,

« pu opérer erreur dans la personne, et, par suite, vicier le consentement de l'époux trompé » (11 février 1861; S. 61.4.241).

La cour d'Orléans, saisie comme cour de renvoi, jugea dans le même sens que la cour de Paris : « Considérant que l'erreur prévue par l'article 180 ayant pour objet la personne même, « doit, au point de vue physique ou civil, faire naître une question d'identité » (6 juillet 1864; S. 61.2.485).

Sur un nouveau pourvoi de la dame Berthon, l'affaire revint devant la Cour de cassation, toutes chambres réunies. Abandonnant l'interprétation admise par la chambre civile, la cour rejeta cette fois le pourvoi. Elle décida, conformément aux conclusions du procureur général Dupin, que : « le texte et l'esprit « de l'article 180..... n'admettaient la nullité que pour l'erreur « qui portait sur l'identité de la personne, et par le résultat de « laquelle l'une des parties avait épousé une personne autre que « celle à qui elle croyait s'unir. Qu'ainsi la nullité pour erreur « dans la personne restait sans extension possible aux simples « erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur « des flétrissures qu'elle aurait subies » (24 avril 1862; S. 62.1.341).

Cet arrêt célèbre paraît avoir définitivement fixé la jurisprudence. Les tribunaux ont, depuis, refusé d'admettre comme causés de nullité l'erreur sur les qualités morales (Montpellier, 1^{er} février 1866; S. 66.2.325), sur la régularité de la filiation (Bordeaux, 21 mars 1866; S. 66.2.209 et enfin, sur l'aptitude à la génération (Chambéry, 28 janvier 1867; S. 67.2.81 — Riom, 7 juin et 2 août 1876; S. 77.2.153). Toutes ont proclamé que l'erreur devait nécessairement soulever une question d'identité.

C'est également à ce système que revient aujourd'hui la doctrine¹. Il est, croyons-nous, le seul juridique.

¹ Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, nos 127 et 128; de

Le droit canon et notre ancien droit ne reconnaissaient le pouvoir d'annuler le mariage qu'à l'erreur sur la personne physique ou civile : rien n'indique que les rédacteurs du Code aient entendu s'écarter de la tradition. Si confuse qu'elle ait été, la discussion au Conseil d'État permet même d'affirmer que l'on n'a pas voulu, malgré la demande du premier consul, faire de l'erreur sur les simples qualités une cause de nullité ; les paroles si claires de Portalis au Corps législatif viennent donner à cette opinion une éclatante confirmation.

Tertullien semble bien admettre, dans son *Traité contre Marcion*, qu'un mariage contracté sous l'empire de la violence ne peut pas être annulé¹.

Tous les canonistes cependant regardent la violence comme un empêchement dirimant ; tous aussi reconnaissent que, pour produire ce résultat, elle doit réunir certaines conditions.

Il faut d'abord qu'elle soit grave ; il est nécessaire que suivant l'expression consacrée, *cadet in virum constantem*². Tous les docteurs reconnaissent que la question de savoir si, dans tel ou tel cas, elle a été suffisante pour exclure le consentement, est une question de fait abandonnée à la prudence du juge³.

Au XIII^e siècle cependant, on reconnaissait généralement comme assez grave la crainte

Vareilles, *Étude sur l'erreur*, n° 335 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. V, § 462 ; Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n° 290 et suiv.

¹ « Cœterum, præter ex caussa adulterii, nec Creator disjungit, quod « ipse scilicet conjunxit, eodem alibi Moyse constituite eum qui ex compresseione matrimonium fecerat, non posse dimittere uxorem in omne « tempus. Quod si ex violentia coactum matrimonium stabit, quanto magis « ex convenientia voluntarium? » (*Adversus Marcionem*, IV, 34 ; éd. Migne, t. II, col. 443).

² *Décrét. Grég.* IX, L. IV, t. 1, c. 28.

³ Sanchez, *de Matrimonio*, L. V, disp. v, n° 1.

*Stupri, sive status, verberis atque necis*¹.

Il faut ensuite que la violence soit injuste.

Quand une fille avait été séduite sous une promesse de mariage, le juge ecclésiastique permettait quelquefois d'amener sans scandale et de constituer prisonnier le séducteur pour le contraindre à exécuter sa promesse : la violence à lui faite ne pouvait naturellement, dans ce cas, entraîner la nullité de son mariage. Au xvii^e siècle, la jurisprudence des Parlements déclara toujours qu'il y avait abus dans ce mode de procéder²; il fut du reste interdit par l'ordonnance criminelle de 1670³.

En cas de simple promesse de mariage, l'official condamnait primitivement à s'exécuter, sous peine des censures ecclésiastiques, le fiancé qui, sans motif valable, prétendait retirer sa parole. Aux xvii^e et xviii^e siècles, il se contentait toujours d'exhorter la partie à accomplir son engagement⁴; ce mode d'agir était recommandé, du reste, par une décrétale du pape Luce III⁵.

Lorsqu'un jeune homme se trouvait convaincu de rapt de séduction, crime puni de mort par l'ordonnance de Blois, les Parlements lui permettaient souvent d'échapper au supplice en

¹ Saint Thomas, *Summa theologica*, Pars tertia, Supplementum, Qu. XLVII, art. II.

² *Mémoires du clergé*, t. V, col. 1105; Fevret, *Traité de l'abus*, t. I, p. 445.

³ Titre X, art. 17; Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XVIII, p. 390.

⁴ *Mémoires du clergé*, t. V, col. 1104, de Combes, *Recueil tiré des procédures civiles faites en l'Officialité de Paris*, col. 19; *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, t. I, p. 160; *Conférences ecclésiastiques du diocèse d'Angers sur le mariage*, 1755, t. I, p. 54; Pothier, *Tr. du contrat de mariage*, n° 51.

La procédure primitive avait été plusieurs fois déclarée abusive par le Parlement de Paris. Voir notamment deux arrêts des 9 juin 1637 et 1^{er} juin 1638, rapportés par Bardet.

⁵ *Décret. Grég. IX*, L. IV, t. I, c. 17.

épousant sa victime¹. « Ces mariages judiciaires, dit Fournel, « n'exigeaient pas de grandes cérémonies; il ne falloit ni consentement des parents, ni publication de bans, ni fiançailles, « ni présence du curé des parties : l'accusé encore chargé de chaînes étoit conduit de sa prison à l'église où il rencontroit « son adversaire, et on dressoit un procès-verbal de la bénédiction nuptiale qui leur étoit administrée². »

Une ordonnance du 22 novembre 1730 supprima cette pratique; elle ordonna « que ceux ou celles qui seraient convaincus dudit rapt de séduction fussent condamnés à la peine de mort, sans qu'il pût être ordonné qu'ils subiraient cette peine « s'ils n'aimaient mieux épouser la personne ravie, ni pareillement que les juges pussent permettre la célébration du « mariage avant ou après la condamnation, pour exempter « l'accusé de la peine prononcée par les ordonnances³. »

Un autre usage, celui-là beaucoup plus singulier encore, permettait aux juridictions répressives de gracier un condamné à mort, lorsqu'une femme le demandait pour époux⁴; une ordonnance du 1^{er} juin 1668 décida qu'à l'avenir une semblable requête ne pourrait jamais soustraire les déserteurs au supplice⁵.

Il est évident que, dans ces diverses hypothèses, le mariage ne pouvait être annulé pour cause de violence, bien que le consentement de l'une des parties n'eût pas été absolument libre.

Pour être une cause suffisante de nullité, la violence ne devait

¹ Boerius, *Decisiones supremi senatus Burdegalensis*, CCXVII, 20; Fevret, *Traité de l'abus*, t. I, p. 510; Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique*, 1776, t. V, v^o Rapt.

² *Traité de la séduction*, p. 317.

³ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XXI, p. 340.

⁴ *Journal d'un bourgeois de Paris sous le règne de Charles VI*; Boerius, *Decisiones*, CCXVII, 20; Montaigne, *Essais*, L. I, ch. xl.

⁵ Brillou, *Dictionnaire des arrêts*, t. IV, v^o Mariage, n^o 51.

pas nécessairement avoir porté sur la personne même qui avait contracté mariage; les menaces proférées contre un parent ou un ami intime, les sévices exercés sur sa personne pouvaient produire le même effet¹.

Lorsque le juge ecclésiastique avait lieu de craindre que la liberté d'une jeune fille ne fût pas suffisamment respectée, il pouvait ordonner qu'elle fût mise en une maison honnête et sûre, où il lui serait possible de manifester sa volonté². Les Parlements, eux aussi, prenaient quelquefois de semblables mesures³.

C'est principalement dans les rapports entre seigneurs et vassaux que les exemples de violence semblent avoir été fréquents. En 1408, on voit le duc de Berry, inquiet pour une affaire de ce genre, menacer par lettre le premier président de Marle de s'en prendre à sa personne et à ses biens, « si la chose prenait « autre conclusion qu'il n'eust ordonné⁴. »

Au xvi^e siècle, de tels faits paraissent être devenus fort nombreux, si l'on en juge par le grand nombre de plaintes qu'ils soulèvent. Le 4 février 1566, l'assemblée des chambres du Parlement décida que « pour obvier à plusieurs grands incon-
« vénients qui avenaient des mariages faits par importunité de
« ceux qui obtenaient du roy lettres patentes ou clauses, » elle le « supplierait très humblement d'y pourvoir⁵. »

En 1576, aux États de Blois, le Clergé et le Tiers font au même sujet de vives réclamations. Le premier ordre demande la dégradation de noblesse contre les seigneurs qui obligent

¹ Saint Thomas, *Summa theologia*, Pars tertia, Supplementum, Qu. XLVII, art. II; Sanchez, *De matrimonio*, L. IV, disp. XVIII en entier.

² *Décrét. Grég. IX*, L. IV, t. I, c. 14 (décr. d'Alexandre III).

³ Lefèvre d'Ormesson, *Journal*, t. I, p. 470.

⁴ Bouchel, *La Bibliothèque ou Trésor du droit français*, 1671, t. II, p. 676.

⁵ Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, t. IV, v^o Mariage, n^o 5.

« ceux du Tiers-État à bailler leurs filles en mariage à leurs serveurs contre leurs volontés..., d'autant plus que c'est une chose très méchante de violer la liberté des mariages. » Le Tiers se montre encore plus indigné : « Il y en a de plus audacieux qui ont contraint leurs pauvres sujets, sachant qu'ils avoient quelque bien et moyens de marier leurs filles à leurs serviteurs mal vivans et n'ayant rien, ce qui est une vraie tyrannie devant Dieu et devant les hommes¹. »

L'ordonnance de Blois, dans son article 181, fit droit à ces réclamations; elle défendit « à tous gentilshommes et seigneurs, de contraindre leurs sujets et autres, à bailler leurs filles, nièces ou pupilles, en mariage à leurs serviteurs ou autres, contre la volonté et liberté qui doit estre en tels contrats, sur peine d'estre privez du droit de noblesse, et punis comme coupables de rapt². »

Il est permis de croire que bien des abus subsistèrent encore, car le Clergé et le Tiers renouvelèrent leurs doléances lors des États de 1614³.

L'Église, du reste, s'était préoccupée depuis un certain temps déjà de ces abus; en 1564, le concile de Trente avait défendu « omnibus cujuscumque gradus, dignitatis et conditionis existant, sub anathematis pœna, quam ipso facto incurrant, nec quovis modo, directe vel indirecte, subditos suos vel quoscunque alios cogant quominus libere matrimonia contrahant⁴. »

Les conciles de Rouen en 1581, de Reims et de Tours en 1583, de Bourges en 1584, d'Aix en 1585 et de Bordeaux en 1624, prirent tous des mesures analogues⁵.

¹ Picot, *Histoire des États-Généraux*, in-8°, t. III, p. 57.

² *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIV, p. 443.

³ Picot, t. IV, p. 147.

⁴ Sessio XXIV, Décr. de reformatione, c. IX; Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. X, col. 152.

⁵ Hardouin, t. X, col. 1221, 1287, 1406, 1489, 1534; t. XI, col. 80

Le décret du 20 septembre 1792 ne fit pas plus mention de la violence que de l'erreur.

Le Code se contente de déclarer (art. 180) que le mariage qui aurait été contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux ne pourrait être attaqué que par les époux, ou par celui dont le consentement n'aurait pas été libre.

On admet généralement que les juges ne sont pas obligés d'appliquer ni les dispositions des articles 1111 à 1114; il semble bien résulter des travaux préparatoires que le législateur a entendu leur laisser une entière liberté d'appréciation.

La jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer sur cette question; elle a seulement décidé, conformément du reste à l'opinion de tous les auteurs, que la seule crainte révérentielle n'était pas suffisante pour faire annuler un mariage (Rouen, 25 mai 1813 et Cass., 13 août 1816; S. C. N. 5.1.225).

Il est une forme particulière de violence qui doit encore nous arrêter un moment : nous voulons parler du rapt.

Nous n'insisterons pas ici sur le rapt envisagé en tant que crime : réprimé depuis les origines de notre droit avec une grande sévérité, il était, pendant les derniers siècles de la monarchie, toujours puni de mort¹. Les articles 354 et 355 du Code pénal, frappent aujourd'hui le rapt d'une fille mineure de la réclusion, si la personne enlevée avait plus de seize ans; des travaux forcés à temps, si elle n'avait pas encore atteint cet âge.

Ce que nous voulons principalement examiner, c'est l'influence du rapt sur le mariage contracté par le ravisseur avec la personne ravie.

Le concile d'Ancyre, en 314, décida que, si un homme enlevait la fiancée d'autrui, il devait être contraint de la lui restituer².

¹ Guyot, *Répertoire*, v^o *Rapt*.

² Hardouin, *Conciliarum collectio*, t. I, col. 276.

A part cette hypothèse exceptionnelle, on ne saurait trop dire si le droit canon primitif faisait toujours du rapt un empêchement dirimant. Le concile de Chalcédoine, en 451, se contente de prononcer l'excommunication contre le ravisseur; le premier et le quatrième conciles d'Orléans, tenus en 511 et 541, ordonnent de séparer celui-ci de sa victime, mais le troisième concile de Paris en 557 et le concile de Rome en 721, ne parlent plus que de censures spirituelles¹.

Un capitulaire de 817 déclare que le ravisseur ne peut, « *juxta canonicam auctoritatem*, » épouser la fille ravie²; en 845, le concile de Meaux prononce formellement la nullité d'un tel mariage; cinq ans plus tard, le concile de Pavie va beaucoup plus loin encore : il fait du rapt un empêchement perpétuel; le ravisseur ne pourra jamais épouser la personne qu'il a enlevée. Le concile de Troisy, en 909, reproduit plus tard la même doctrine; mais le premier concile de Tulle en 859, le concile de Worms en 868, le synode de Ravenne en 877, ne parlent encore une fois plus que d'excommunication; le concile de Nîmes, en 1096, défend d'accorder la sépulture ecclésiastique au ravisseur mort dans l'impénitence³. Nous croyons toutefois qu'il faut regarder ces peines spirituelles comme venant s'ajouter à la nullité du mariage, et non pas comme le seul châtiment infligé au coupable. Les *Capitula* d'Hérard, archevêque de Tours de 856 à 871, déclarent formellement qu'il ne pourra épouser sa victime, lors même que les parents de cette dernière viendraient à donner leur consentement⁴.

La jurisprudence canonique subit, au XII^e siècle, une assez

¹ Hardouin, *Conciliarum collectio*, t. II, col. 611, 1009, 1439; t. III, col. 338, 1865.

² Pertz, *Leges*, t. I, p. 208.

³ Hardouin, t. IV, col. 1494; t. V, col. 28, 500, 747; t. VI, 1^{re} partie, col. 186, 525; 2^e partie, col. 1751.

⁴ CX; Migne, *Patrologie latine*, t. CXXI, col. 771.

grave évolution. Innocent III reconnut que le mariage pourrait avoir lieu alors que la personne ravie se trouvait encore en la puissance du ravisseur¹. Cette dernière décrétale enlevait à une semblable union la présomption *juris et de jure* de violence qu'y avaient attachée les anciens conciles.

Au xvi^e siècle, nouvelle évolution. Au milieu de ce débordement de vie physique qui accompagna la Renaissance, les mœurs étaient redevenues, sur certains points, véritablement barbares; en Italie, notamment, les violences de tout genre ne se comptaient plus². Le concile de Trente fut amené naturellement à s'occuper de la question du rapt; il décida, dans sa xxiv^e session « *inter raptorem et raptam, quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium* »³. » C'était un milieu assez juste entre l'extrême rigueur des conciles de Pavie et de Troisly, et la dangereuse indulgence d'Innocent III.

L'interprétation de ce texte a suscité un certain nombre de controverses sur lesquelles nous ne pouvons insister; disons seulement que, suivant l'opinion commune, il faut⁴ :

Que le rapt ait eu lieu « *ineundi matrimonii causa*, » et non pas seulement « *libidinis explendæ causa*. »

Qu'il ait eu lieu par violence.

Qu'il ait eu pour objet une femme. — Au xviii^e siècle cependant, l'auteur des *Conférences ecclésiastiques de Paris* croyait que « si une fille hardie et intrigante faisoit enlever un jeune homme pour se marier avec lui, elle contracteroit l'empêchement dirimant du rapt »⁵.

¹ Décrét. Grég. IX, L. IV, t. xvii, c. 7.

² On peut voir sur ce point, Taine, *Philosophie de l'art*, t. I, pp. 189 et suiv.

³ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. X, col. 152.

⁴ Sanchez, *de Matrimonio*, L. V, disp. xiii, n^{os} 3 et suiv.

⁵ T. II, p. 376.

Il fallait enfin que l'enlèvement se fût opéré contre le gré de la fille.

Le pouvoir civil se refusa toujours en France à recevoir le concile de Trente; ces dispositions ne furent donc pas obligatoires pour les Parlements. Mais, en 1639, une ordonnance royale les reproduisit en exagérant encore la sévérité; non seulement, tout mariage était impossible entre le ravisseur et la personne ravie tant que celle-ci n'avait pas recouvré sa liberté, mais encore l'union célébrée dans la suite ne pouvait produire aucun effet civil : elle était valable seulement *quoad fœdus*¹.

On comprend, du reste, que le pouvoir se montrât sévère pour des actes qui en plein xvii^e siècle, se produisaient quelquefois avec une incroyable audace : qu'il nous suffise de rappeler l'enlèvement de M^{lle} de Miramion par Bussy, en 1648, aux portes mêmes de Paris².

Au siècle suivant, de pareils faits devinrent infiniment plus rares. Une estampe célèbre a popularisé cette scène où, tandis qu'une chaise de poste stationne la nuit au pied d'un mur de couvent, une pensionnaire descend l'échelle au bas de laquelle attend l'amant³; mais il y a là beaucoup plus de roman que d'histoire, et la liste de ces scandales compte un bien petit nombre de noms⁴. Les menaces des ordonnances n'étaient pas, du reste, purement comminatoires, et en 1737, M. de la Roche Courbon, après avoir enlevé M^{lle} de Moras, n'échappait que

¹ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XVI, p. 523.

² Walckenaer, *Mémoires touchant la vie et les écrits de la marquise de Sévigné*, t. I, pp. 424 et suiv. Voir encore dans le *Journal* de Lefèvre d'Ormesson, t. I, p. 471, l'enlèvement de M^{lle} de Sainte-Croix.

³ *L'Enlèvement nocturne*, gravé par Ponce, d'après Baudouin; on en trouvera une reproduction dans l'*Histoire des peintres* de Ch. Blanc, *Ecole française*, t. II.

⁴ Ed, et J. de Goncourt, *La femme au xviii^e siècle*, p. 16.

par la fuite à la condamnation capitale prononcée contre lui¹.

Lors de la rédaction du Code civil, on eut d'abord l'intention de conserver le rapt comme empêchement *sui generis*; l'article 4 du projet primitif déclarait :

« Il n'y a pas de consentement..... »

« 3° S'il y a eu rapt, à moins que le consentement n'ait été donné par la personne ravie, après qu'elle a eu recouvré sa pleine liberté. »

Cette disposition fut supprimée comme inutile en présence du principe général exigeant pour la validité du mariage un consentement valable². Les tribunaux, saisis d'une demande en nullité pour cause de rapt, devraient donc se contenter d'appliquer les articles 146 et 180, d'examiner si la personne enlevée a donné ou non un consentement libre.

A côté du *rapt de violence* que nous venons d'étudier, l'ancien droit reconnaissait aussi un *rapt de séduction*. Fournel le définissait : « L'usage de quelques manœuvres pour engager un fils ou une fille de famille à contracter mariage à l'insu et contre le consentement de ses parents³. » Nous l'examinerons donc plus naturellement tout à l'heure, en traitant de la nécessité de ce consentement.

Il fut un moment question, lors des discussions qui accompagnèrent au Conseil d'État la préparation du Code, de rédiger ainsi l'article 146 :

« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement; il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne. »

Portalis fit remarquer que le rapt de séduction ne pouvant avoir lieu qu'en la personne d'un mineur, cette disposition n'a-

¹ Voir le curieux volume de M. J. Claretie, *Un enlèvement au XVIII^e siècle*.

² Locré, *Législation civile*, t. IV, pp. 312 et 323.

³ Fournel, *Traité de la séduction*, p. 311.

vait plus aucune raison d'être en présence des articles 148 et suivants¹.

Marcadé a soutenu que si un jeune homme de vingt et un ans « se laissait séduire par une courtisane habile » et consentait à l'épouser, il pourrait demander la nullité de cette union comme n'y ayant pas donné un consentement libre². Cette interprétation, évidemment beaucoup trop extensive, donnée à l'article 180, est repoussée par l'unanimité des auteurs.

¹ Loqué, *Législation civile*, t. IV, p. 323.

² *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. I, n° 629.

CHAPITRE II.

ABSENCE DU CONSENTEMENT DES PERSONNES EN LA PUISSANCE
DESQUELLES SE TROUVENT LES ÉPOUX.

Nous voulons examiner dans ce chapitre une triple question :

1° Consentement des parents au mariage de leurs enfants mineurs ;

2° Consentement du roi au mariage des princes du sang ou des grands seigneurs ;

3° Consentement du seigneur au mariage de ses serfs.

Au témoignage de César, le Gaulois avait droit de vie et de mort sur la personne de ses enfants¹ ; il est donc permis de croire que son consentement était nécessaire à la validité de leur mariage.

Chez les Germains, la femme se trouvait soumise à une sorte de tutelle perpétuelle ; à la mort de son père, elle passait sous le *mundium* de son plus proche parent : c'était toujours à l'homme investi de cette puissance qu'il appartenait de consentir à son mariage². Quant aux enfants mâles, nous savons seulement que, parvenus à l'âge viril, ils pouvaient abandonner la

¹ *De bello gallico*, VI, 49.

² Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. II, pp. 43 et 45.

maison paternelle pour fonder à leur tour un établissement ¹.

Ces situations juridiques ne semblent guère avoir subi de modifications dans les premiers siècles qui suivirent la conquête. La plupart des peuples barbares firent cesser de bonne heure le *mundium* sur la personne du fils; celui-ci était majeur à douze ans chez les Francs Saliens ², à quatorze ou quinze ans chez les Ripuaires ³, les Burgondes ⁴ et les Wisigoths ⁵ : à partir de cet âge, il pouvait certainement se marier sans le consentement de personne ⁶.

La femme, on s'en doute bien, était loin de jouir d'une semblable indépendance. La loi des Alamans obligeait celui qui épousait une fille sans le consentement de son père à la lui rendre, s'il l'exigeait, et à payer en outre une composition ⁷. Le père avait également le droit, chez les Francs, de faire annuler l'union contractée sans son assentiment ⁸.

Les barbares du midi protégeaient un peu plus la liberté de la jeune fille. Il résulte d'une formule lombarde ⁹ qu'elle pouvait, lorsque celui qui exerçait sur elle le *mundium* refusait de consentir à son mariage, aller trouver le juge pour vaincre sa résistance. La loi des Burgondes reconnaissait la validité de l'union formée contre le gré des parents; mais, si la jeune fille était

¹ Tacite, *De moribus Germanorum*, 13.

² *Lex salica*, XXVI, 1; Pardessus, *La loi Salique*, p. 292; cf. p. 452.

³ *Lex Rip.*, LXXXI; Walter, *Corpus juris germanici*, t. I, p. 191.

⁴ *Lex Burgundiorum*, LXXXVII; Pertz, *Leges*, t. III, p. 569.

⁵ *Lex Wisigothorum*, II, v, 11; Canciani, *Barbarorum leges antiquæ*, t. IV, p. 84.

⁶ Glasson, *Histoire du droit*, t. III, p. 18.

⁷ *Lex Alamannorum*, LIV, 1; Pertz, *Leges*, t. III, p. 62.

⁸ Grégoire de Tours, *Historia Francorum*, IX, 33; éd. Guadet et Taranne, t. II, p. 178. Cf. Pardessus, *La loi Salique*, p. 66; Glasson, *Histoire du droit*, t. III, p. 19.

⁹ Citée par Glasson, *ibid.*

romaine, elle perdait tout droit à la succession paternelle; si elle était barbare, son mari devait payer le triple du *nuptiale pretium*¹. Cette doctrine, qui ne voyait dans le défaut du consentement du père qu'un empêchement prohibitif, paraît également avoir été celle de la *Lex romana Wisigothorum*².

Au viii^e siècle, du reste, elle tend de plus en plus à dominer. On voit alors proclamer ce principe : « Viventibus patribus
« inter filiosfamilias sine voluntate eorum matrimonia non legi-
« time copulantur, sed contracta non solvuntur³. »

C'est surtout à l'influence de l'Église que doit être attribuée cette évolution du droit franc. Dans la curieuse formule que nous venons déjà de citer, un mari s'adresse ainsi à sa femme : « Dum et te sine voluntate parentum tuorum raptò scelere
« in meo sociavi conjugio, unde vitæ periculum incurrere
« debui, sed intervenientes sacerdotes (*sic*) vel bonis homi-
« nibus vitam obtinui. » Un certain nombre d'autres textes renferment des déclarations analogues⁴. On comprend très bien que le clergé interposant toujours sa médiation dans les affaires de cette nature, ait pu finir, à la longue, par amener une modification du droit.

L'Église, en effet, n'exigea jamais, pour la validité du mariage, le consentement des parents; elle crut toujours que le seul consentement des parties suffisait à faire un « verum et
« ratum, atque adeo indissolubile matrimonium⁵. »

« In ejusmodi conjugio, dit Bellarmin, nihil eorum deest,
« quæ ad essentiam matrimonii pertinent... Nam consensus

¹ XII, 4 et 5; Pertz, *Leges*, t. III, p. 538.

² Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 342, note 2.

³ E. de Rozière, *Recueil général des formules*, t. I, p. 290.

⁴ *Ibid.*, pp. 291 et suiv.

⁵ Bellarmin, *de Sacramento Matrimonii*, XIX; *Disputationes*, t. III, p. 825 (Milan, 1857).

« contrahentium adest et proinde intentio ministri; adest mate-
 « ria quæ sunt personæ ad matrimonium idoneæ; adest forma,
 « id est, verba seu signa mutui consensus... Filius licet pa-
 « tri obedientiam et reverentiam debet, tamen quando usum
 « liberi arbitrii habet, liber est et sui juris, non minus quam
 « pater, in his quæ ad statum vitæ pertinent. Quare poterit
 « quidem peccare, dum non sequitur patris directionem in
 « statu eligendo, tamen quod facit, ratum et firmum erit, quia
 « de re sua, non de aliena disposuit¹. »

Mais il ajoute aussitôt :

« Peccant filii quando sine justa et rationabili causa paren-
 « tibus insciis vel invitis matrimonium contrahant. »

On a contesté, au xvi^e siècle, que telle eût toujours été la doctrine de l'Église. Pasquier a traité de « moynes rapetasseurs de vieilles gloses » ceux qui « depuis quelques centaines
 « d'ans avaient insinué cette barbare et brute opinion, que
 « de droit canon le consentement des pères et mères n'estoit
 « requis au mariage de leurs enfans que par honneur, et non
 « de nécessité². » Au xviii^e siècle, la plupart des canonistes et des jurisconsultes enseignaient que, pendant très longtemps, l'Église avait regardé le défaut du consentement des parents comme un empêchement dirimant³. Des auteurs modernes par-

¹ Bellarmin, *de Sacramento Matrimonii*, XIX; *Disputationes*, t. III, p. 825.

Cf. Saint Thomas, *Summa theologica*, Pars tertia, Supplementum, Qu. XLV, art. v : « Puella non est in potestate patris quasi ancilla, ut sui corporis potestatem non habeat, sed quasi filia, ad educationem : et ideo
 « secundum hoc quod libera est, potest se in potestatem alterius absque
 « consensu patris dare. »

² *Recueil chronologique concernant les mariages clandestins*, pp. 14 et suiv.

³ Gerbais, *Traité du pouvoir de l'Église et des princes sur les empêchements du mariage*, 2^e éd., 1696, pp. 471 et suiv.; *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. III, p. 400; d'Héricourt, *Les lois ecclésiastiques*, ch. V, art. II,

tagent encore cette opinion¹.

Nous ne pouvons pas, on le comprend, examiner ici à fond cette controverse; disons seulement que saint Ambroise semble bien reconnaître la validité des unions contractées au mépris de la volonté des ascendants². Quant aux textes sur lesquels prétend s'appuyer l'opinion que nous combattons, ils n'ont certainement pas la portée qu'on veut leur donner³.

LXXIII; Guy de Rousseaud de La Combe, *Jurisprudence canonique*, v^o Rapt, sect. III, n^o 5; Pothier, *Tr. du contrat de mariage*, n^o 322; Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique*, t. V, v^o Rapt.

¹ Beaune, *Droit coutumier français, Condition des personnes*, p. 449; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 343; Duguît, *Etude historique sur le rapt de séduction*, ap. *Nouvelle Revue historique de droit*, 1886, pp. 587 et suiv.

² Dans sa lettre à Sisinnius. — Il blâme le fils de ce dernier d'avoir contracté mariage sans le consentement de son père, mais il ne semble pas mettre en doute la validité de cette union (a).

³ Voici les principaux de ces textes :

A. Un fragment de Tertullien, *Ad uxorem*, II, 9 : « Nec in terris filii « sine consensu parentum recte et jure nubunt » (b).

Il est à remarquer, en premier lieu, que ce texte ne prononce pas formellement la nullité d'un pareil mariage; il le blâme fortement, il le déclare contraire au droit, mais il ne va pas plus loin.

Nous ne serions pas éloigné de croire, du reste, qu'il vise seulement la législation civile. L'expression *in terris* nous paraît donner une très grande vraisemblance à cette interprétation. Tertullien, il ne faut pas l'oublier, avait été avocat : rien d'étonnant à ce que le jurisconsulte eût une fois percé sous l'apologiste.

B. Un passage de saint Ambroise, *De Abraham*, I, 91 : « Consulitur « puella non de sponsalibus, nam illa judicium expectat parentum; non est « enim virginalis pudoris eligere maritum : sed jam desponsata viro de « profectionis consulitur die... Electionem mariti parentibus deperat, ne « appentientiæ procacioris æstimetur, si ipsa de nuptiis suis electionem sibi « vindicet » (c).

Il suffit, croyons-nous, de lire attentivement ces lignes, pour voir qu'elles renferment un simple conseil.

(a) Ed. Migne, t. II, 1^{re} part., col. 1279.

(b) Ed. Migne, t. I, col. 1302.

(c) Ed. Migne, t. I, col. 453.

Nous n'oserions pas affirmer toutefois que pendant l'époque barbare, quelques conciles particuliers ne se soient pas écartés sur ce point de la doctrine orthodoxe. On trouve, au ^{vi}^e siècle,

C. Une décrétale du pape Célestin III (422-432) adressée à l'Église de Florence.

Le pontife y expose la procédure à suivre pour faire annuler un mariage entre parents au degré prohibé : « Ideo enim, dit-il, maxime parentes, et si « defuerunt parentes, proximiores admittuntur, quoniam unusquisque suam « genealogiam et cum testibus et chartis, tum etiam ex recitatione majorum « scire laborat. Qui enim melius recipi debent, quam illi, qui melius sciunt « et quorum est interesse, ita ut si non interfuerint et consensum non adhi- « buerint, secundum leges nullum fiat matrimonium » (d).

Il est très certain que le mot *leges* désigne ici uniquement le droit romain ; l'opposition de ces deux termes, *leges* et *canones*, est absolument courante en droit canon (e).

D. Enfin, la fameuse *Consultation aux Bulgares*, de Nicolas I^{er} : « Post « sponsalia, quæ futurarum sunt nuptiarum promissa, fœdera quoque con- « sensu eorum, qui hæc contrahunt, et eorum, in quorum potestate sunt, cele- « brantur, et postquam arrhis sponsam sibi sponsus per digitum fidei annulo « insignitum desponderit, dotemque utrique placitam sponsus ei cum scripto « pactum hoc continente coram invitatis ab utraque parte tradiderit, ambo « ad nuptialia fœdera perducuntur : et primum quidem in ecclesia Domini « cum oblationibus, quas offerre debent Deo per sacerdotis manum statuun- « tur : fitque demum benedictionem, et velamen celeste accipiunt » (f).

Si, d'après ce texte, le consentement des parents est nécessaire à la validité du mariage, il faut en dire autant de la bénédiction nuptiale : la *Consultation* met absolument sur le même rang ces deux conditions. Or, jamais personne n'a soutenu, à notre connaissance, qu'un mariage, au ^{ix}^e siècle, fût nul pour défaut de présence du curé.

Ce qu'il est vrai de dire, c'est que, suivant l'expression d'un canoniste moderne, le pape Nicolas requiert le consentement des parents, comme du reste la bénédiction nuptiale : « non ad valorem, sed ad honestatem dun- « taxat nuptiarum » (g).

(d) *Décr. de Gratien*, Pars sec., Cau. XXXV, Qu. vi, can. 2.

(e) Voir notamment la glose sur les *Décret. Grég. IX*, L. V, t. xxxii, c. 1, au mot *adjuvantur* : « In causa ecclesiastica, leges possumus allegare, ut si canones « deficient, possit judicari secundum leges. »

(f) Migne, *Patrologie latine*, t. CXIX, col. 980.

(g) Schmalzgrueber, *Jus ecclesiasticum universum*, t. IV, 1^{re} part., p. 248.

des canons dont le sens manque un peu de netteté, mais qui semblent bien assimiler au rapt le mariage contracté *extra* ou *contra voluntatem parentum*; telle nous paraît être la doctrine des conciles d'Orléans en 511 et 541 et de Paris en 557¹. Au ix^e siècle, Hincmar, commentant une lettre de saint Léon² qu'il ne paraît guère comprendre, admet peut-être encore la même opinion³.

Il est admis par tous qu'à partir du xi^e siècle, l'Église ne regarda plus le consentement des parents comme nécessaire à la validité du mariage.

Mais dans les premières années du xvi^e siècle un mouvement de réaction assez vif, et dont les novateurs religieux prirent la tête, se produisit en faveur de l'autorité paternelle.

Ce fut Érasme qui, en 1518, formula les premiers critiques contre la doctrine des canonistes; il la déclara, dans ses *Colloques*, contraire au bon sens, aux lois des anciens, à Moïse lui-même, à la doctrine de l'Évangile et des Apôtres⁴. Luther⁵ et Mélanchthon⁶ proclamèrent nul le mariage contracté sans l'aveu des parents; la nullité toutefois se couvrait, d'après eux, par la survenance d'enfants. Calvin enfin rangea le principe qui admettait la validité d'un tel mariage parmi ceux qu'il qualifiait de « in Deum impii vel in homines iniquissimi⁷. »

La grande vogue dont jouissaient alors les études de droit

¹ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. II, col. 1009 et 1439; t. III, col. 338.

² Ep. CXLVII, *ad Rusticum episcopum Narbonensem*; Migne, *Patrologie latine*, t. LIV, col. 1205.

³ Ep. XII, *ad Rodulfum Bituricensem et Frotharum Burdigalensem metropolitanos Aquitanix*; Migne, t. CXXVI, col. 137. Cf. M^{sr} Hefele, *Hist. des conciles*, trad. Delarc, t. V, p. 427.

⁴ *Colloquia, de Matrimonio*.

⁵ *Sermo de Matrimonio*.

⁶ *Loci communes*, tit. *De conjugio*.

⁷ *Institutio christiania*, L. IV, ch. XIX, § ult.

romain ne fut peut-être pas sans exercer quelque influence sur ce mouvement. L'engouement des jurisconsultes pour les institutions antiques pourrait bien leur avoir inspiré le désir de faire revivre dans nos lois quelques-uns des vieux effets de la *patria potestas*.

Les romanciers eux-mêmes finirent par s'en mêler, et Rabelais consacra tout un chapitre à démontrer « n'estre licite es enfans « soy marier sans le sceu et adueu de leurs pères et mères¹. »

Il faut ajouter qu'à cette époque de graves abus commençaient à se produire. Si, dans les premiers siècles de l'Église, et même au moyen-âge, la crainte des censures ecclésiastiques avait pu suffire à faire respecter sur ce point l'autorité paternelle, il commençait à n'en être plus de même; l'affaiblissement des idées religieuses, la décadence des mœurs rendaient assez impuissantes des pénalités d'ordre purement spirituel. Au témoignage des jurisconsultes, le *rapt de séduction* devenait assez fréquent².

Le Parlement de Paris fit le premier pas. Le 26 mars 1554, « sur la requeste de Monsieur le Procureur général du Roy, » la cour fit « inhibitions et défenses à toutes personnes, de quelque « estat, condition et qualité qu'ils fussent, de contracter dorénavant ou faire contracter aucun mariage sans le vouloir et « consentement des père et mère, tuteur et curateur des enfans « que l'on voudra marier, sous peine d'estre privez des profits « matrimoniaux, et punition corporelle, s'il y eschet³. »

Deux ans après, une intrigue de cour décida le pouvoir royal à intervenir. Dans les premiers jours du mois de février 1556, Henri II envoya au Parlement un édit qui défendait à tout fils ou fille de famille se marier sans le consentement de ses père

¹ L. III, ch. XLVIII.

² Papon, *Recueil d'arrests notables*, L. XXII, ch. vi, 9.

³ Bouchel, *Bibliothèque du droit*, t. III, p. 43.

et mère; ceux qui contreviendraient à cette défense, « pour telle « irrévérence et ingratitude, mépris et contemnement de leurs- « dits pères et mères, transgressions de la loy et commande- « ment de Dieu, et offense contre le droict de l'honnesteté « publique, inséparable d'avec l'utilité, » pourraient être exhérédés, sans aucune espérance de pouvoir quereller l'exhérédation. L'édit devait avoir un effet rétroactif.

Les hautes considérations que le roi invoquait dans le préambule n'étaient, comme nous l'avons déjà fait pressentir, qu'un simple prétexte; des motifs d'un ordre beaucoup moins relevé avaient dicté sa conduite. François de Montmorency s'était fiancé par paroles de présent à Jeanne de Piennes; le connétable désirait rompre cette union pour faire épouser à son fils Diane de France, fille naturelle du roi et veuve d'Horace Farnèse. Il s'était d'abord adressé à Rome, mais n'ayant pas trouvé chez Paul V, la condescendance qu'il souhaitait, il s'était retourné vers le pouvoir civil ¹.

Les Chambres s'assemblèrent le 4 février pour délibérer. Aucune contestation ne fut élevée sur le principe même de l'édit, mais le Parlement décida de faire des remontrances sur quelques points importants; il demanda :

1° Que l'édit n'eût d'effet que pour l'avenir;

2° Que les fils ayant atteint l'âge de trente ans, les filles celui de vingt-cinq ans, pussent éviter l'exhérédation en requérant seulement le conseil et avis de leurs parents.

3° Que le consentement de la mère ne fût pas requis du vivant du père, et que, celui-ci mort, il ne le fût plus si elle venait à se remarier².

¹ Consulter principalement sur cette affaire *Jeanne de Piennes*, par M. de La Ferrière; *Correspondant*, 10 août 1855 et *l'Étude historique et juridique sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants*, par l'abbé Vantroys, in-8°, Paris, 1889 (thèse).

² *Recueil... concernant les mariages clandestins*.

Sur les deux derniers points, le roi fit droit aux réclamations qui lui étaient présentées; il se contenta de déclarer, sur le premier, que l'édit ne s'appliquerait pas aux mariages consommés avant sa publication. Ainsi modifié, il fut enregistré le 1^{er} mars 1556¹.

François de Montmorency déclara n'avoir donné sa parole que sous réserve du consentement de son père; le Parlement, en conséquence, déclara son engagement *nul et non valable*.

L'édit cependant ne satisfit pas tout le monde; certains esprits trouvèrent que le roi n'était pas allé assez loin. Pasquier notamment regretta 'que « par une ordonnance faicte du commun consentement de l'Eglise gallicane, on n'eust déclaré tous mariages des enfants nuls esquels il n'y auroit que les simples « paroles du présent, sans l'autorité et consentement des pères « et mères². »

Le clergé lui-même, d'ailleurs, ne restait pas absolument en dehors de ce courant d'idées. Dans ses *Statuts synodaux*, publiés en 1514, l'évêque de Paris, Étienne Poncher, donnait ordre à son clergé d'exhorter les jeunes gens à ne pas se marier sans prendre l'avis de leurs parents. Eustache du Bellay, qui occupa le même siège de 1550 à 1563, lui recommandait également de ne pas bénir sans motif sérieux des fiançailles contractées dans les mêmes conditions³.

En Allemagne, le concile de Cologne, tenu en 1536, défendit aux curés de marier les enfants sans le consentement de leurs parents; le synode d'Augsbourg, en 1548, se contenta de faire exhorter les fidèles à suivre plutôt les conseils de leurs parents et de leurs amis que leurs propres impulsions⁴.

¹ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIII, p. 469.

² *Recueil... concernant les mariages clandestins*, p. 21.

³ *Synodicon Ecclesiæ Parisiensis*, 1777, in-4°, pp. 70 et 221.

⁴ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. XI, col. 2011 et 2046.

La réunion du concile de Trente vient bientôt donner lieu à l'Église de se prononcer d'une manière définitive sur cette grave question.

Le 24 juillet 1563, les ambassadeurs de France présentèrent une requête dans laquelle se trouvaient les lignes suivantes :

« Filiorum autem et filiarum familias matrimonia sine parentum consensu nullo modo justa et legitima sint, nisi placeat sanctissimæ synodo, quorundam patrum morositati et nimis in collocandis liberis negligentis occurrendo, tempus aliquod præscribere, quo tantum transacto liberum sit filiis et filiabus sine patris consensu matrimonium contrahere¹. »

De longues discussions dans le détail desquelles nous ne voulons pas entrer, s'engagèrent aussitôt sur ce point. Un premier projet de décret fut d'abord rédigé, qui annulait les mariages contractés par les fils avant dix-huit ans, par les filles avant seize ans sans le consentement de leurs parents².

Le 7 août, un nouveau projet fut soumis aux théologiens : il élevait la majorité matrimoniale à vingt ans pour les garçons, à dix-huit ans pour les filles; l'évêque pouvait cependant toujours autoriser à passer outre si les parents refusaient leur consentement sans motif³.

A la suite de délibérations qui durèrent près d'un mois, ce second projet fut adopté; devant l'opposition énergique d'un certain nombre de pères, on finit cependant par l'abandonner, pour ne pas prolonger indéfiniment le concile⁴.

¹ Le Plat, *Monumentarum ad historiam concilii Tridentini..... amplissima collectio*, t. IX, p. 166.

² Pallavicini, *Histoire du concile de Trente*, L. XXII, c. iv, éd. Migne, t. III, col. 418.

³ On en trouvera le texte dans la *Collectio* de Le Plat, t. VI, p. 177.

⁴ Pallavicini, *Histoire du concile de Trente*, éd. Migne, t. III, col. 418 et suiv.

En définitive, le décret suivant fut promulgué dans la session du 11 novembre 1563 :

« Jure damnandi sunt illi, ut eos sancta synodus anathemate
« damnat, qui ea vera ac rata esse negant, quique falso affirmant
« matrimonia, a filiisfamilias sine consensu parentum contracta,
« irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse. Nihilominus
« sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis illa semper
« detestata est atque prohibuit¹. »

Tout en proclamant la validité de ces unions, l'Église continuait, en effet, à les désapprouver formellement. Le concile de Cambrai, en 1565, ordonna aux pasteurs d'engager les jeunes gens à ne pas mépriser sur ce point, les avis de leurs parents; le concile de Rouen, en 1581, recommanda aux pasteurs de ne pas se décider facilement à marier un individu sans le consentement de ses parents². L'assemblée générale du clergé, deux ans auparavant, était allée beaucoup plus loin; elle avait demandé : « Ne liceat filiisfamilias sine parentum consensu nuptias contrahere³. »

L'ordonnance de Blois enjoignit, dans son article 40, « aux
« curés, vicaires et autres de s'enquérir soigneusement de la
« qualité de ceux qui se voudraient marier; et s'ils étaient en-
« fans de famille, ou estant en la puissance d'autrui, » leur défendit étroitement « de passer outre à la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparaissait du consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs, sur peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt. »

L'article 42, après avoir confirmé l'édit de 1556, punit de mort « ceux qui se trouveraient avoir suborné fils ou fille mineurs

¹ Sessio XXIV, Décr. de Reformatione, cap. I; Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. XI, col. 149.

² Hardouin, t. X, col. 594 et 1221.

³ *Mémoires du Clergé*, t. V, col. 657.

« de vingt-cinq ans sous prétexte de mariage ou autre couleur,
 « sans le gré, sçu, vouloir ou consentement exprès des pères,
 « mères et des tuteurs¹. »

L'année suivante, l'édit de Melun (février 1580), dans son article 25, rappela aux curés et vicaires la défense qui leur était faite par l'ordonnance de Blois².

En 1629, une troisième ordonnance vint compléter ces dispositions. Elle commençait par trancher un doute qui s'était élevé sur la portée des textes précités. Ceux-ci ne parlaient, en effet, que du mariage des fils et filles mineurs; ils restaient muets sur les veuves : de quelle manière fallait-il interpréter ce silence? La jurisprudence se prononçait en général contre elles et les assimilait aux filles³ : c'est dans ce sens que fut résolue la difficulté.

« Désirant conserver l'autorité des pères sur leurs enfants...
 « et empêcher qu'à l'avenir plusieurs familles de qualité ne fus-
 « sent alliées avec personnes indignes et de mœurs dissembla-
 « bles, » la nouvelle ordonnance punissait « comme infracteurs
 « des loix et perturbateurs du repos public..... tous ceux lesquels
 « commettraient rapt et enlèvement de veuves, fils et filles
 « étant sous la puissance des pères, mères, tuteurs et parens,
 « ou entreprendraient de les suborner pour se marier, ou qui
 « auraient aidé et favorisé tels mariages sans l'avis et consen-
 « tement de leurs parens, tuteurs et autres qui les auraient eu
 « en charge. »

. « Et afin de faire cesser telles entreprises, » ajoutait l'ordon-
 nance, « et qu'à l'avenir tels crimes ne puissent être excusez
 « ni couverts, voulons suivant les saints Décrets et les Consti-
 « tutions canoniques, tels mariages faits avec ceux qui auront

¹ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIV, p. 391.

² *Ibid.*, p. 471.

³ Brillonn, *Dictionnaire des arrêts*, v^o *Mariage*, n^{os} 62 et 63.

« enlevé lesdites veuves, fils et filles, estre déclarez nuls et de nul effet et valeur, comme non légitimement ni valablement contractez¹..... »

A le prendre à la lettre, ce texte ne prononçait la nullité du mariage que s'il y avait eu rapt de séduction, c'est-à-dire « emploi de quelques manœuvres, pour engager un fils ou une fille de famille à contracter mariage à l'insçu et contre le consentement de ses parents². » Pour qui savait lire entre les lignes, l'ordonnance déclarait nul tout mariage où ce consentement faisait défaut³.

Il faut ajouter que ces dispositions ne reçurent guère d'exécution immédiate. Le *Code Michau*, dont elles faisaient partie, ne fut pas enregistré dans la plupart des Parlements; quant à ceux qui ne purent se soustraire aux exigences royales, ils le laissèrent rapidement tomber en désuétude.

La mesure cependant avait plu aux parlementaires, et tout en se refusant à requérir l'application de l'ordonnance, les avocats généraux Bignon et Talon ne laissèrent passer aucune occasion d'appeler sur ces mariages les sévérités du pouvoir⁴.

Il se décida enfin, en 1639, à leur donner satisfaction. Une déclaration royale, en date du 26 novembre, rappela toutes

¹ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XVI, p. 273.

² Fournel, *Traité de la séduction*, p. 311.

³ *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. II, p. 418.

Au xviii^e siècle, quelques difficultés se produisirent à ce sujet entre les Parlements et le clergé.

Dans un *Catéchisme* publié en 1731, l'archevêque de Sens, Languet de Gergy, ne mentionna le défaut de consentement des parents que comme un empêchement simplement prohibitif. Un arrêt du Parlement de Paris, en date du 7 décembre 1734, fit défenses aux curés de son diocèse de se conformer à cet article (*Code matrimonial*, p. 541).

Tout à la fin du siècle, M^{sr} de Juigné, archevêque de Paris, eut également sur le même point quelques difficultés avec la même Cour (*Correspondance secrète* publiée par M. de Lescure, t. II, p. 92).

⁴ *Recueil... concernant les mariages clandestins*, p. 84.

les prescriptions de l'ordonnance de 1629; ajoutant même encore à ses sévérités, elle déclara déchu *ipso facto* de toutes successions en ligne directe ou collatérale qui pourraient leur échoir, de toutes libéralités qui pourraient leur être faites par testament ou par contrat de mariage, de tous avantages qui pourraient leur être attribués par les coutumes, les mineurs qui contreviendraient à ses défenses¹.

C'était le moment où Pierre Dupuis venait de publier son fameux *Traité des droits et des libertés de l'Église gallicane*, où Richelieu tentait de soumettre à l'impôt les biens du clergé, où il cherchait à se faire nommer patriarche des Gaules.

Un chanoine de Metz, Ch. Hersent, publia, sous le pseudonyme d'*Optatus Gallus*, un ouvrage dans lequel il soutint que de toutes ces affaires pourrait bien sortir un schisme².

« Multum me movet, écrivait-il non sans hardiesse, edictum
« quoddam sub Regis nomine, Rege licet inscio, vulgatum,
« quod declarationem vocant, quod quidem schismatis prælu-
« dium quoddam, ne dicam initium ab aliquo e Parliamentis
« Regio ministro conditum est³. »

Tout le monde aussitôt se réunit contre lui : le Parlement condamna son livre au feu⁴, les évêques le censurèrent⁵, et cinq ou six écrivains aux gages du cardinal entreprirent de le réfuter⁶.

¹ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XVI, p. 522.

² En voici le texte exact : *Optati Galli de Cavendo Schismate, ad Illustrissimos, ac Reverendissimos Ecclesiæ Gallicanæ Primates, Archiepiscopos, Episcopos, Liber Paræneticus*, MDCXL, s. l., in-8° de 39 p.

Cet opuscule est extrêmement rare; nous n'avons pu le rencontrer qu'à la Bibliothèque nationale, Ld⁴, 153.

³ *Op. cit.*, p. 24.

⁴ L'arrêt est du 23 mars 1640.

⁵ Un concile provincial se réunit spécialement dans ce but à Paris.

⁶ Voir la *Bibliothèque historique de la France* du P. Lelong, éd. de 1768, t. I, n°s 7260 et suiv.

Il y avait bien cependant quelque chose d'assez singulier à voir un souverain qui se faisait gloire du titre de Fils aîné de l'Église, enfreindre aussi manifestement les canons d'un concile œcuménique. Aussi la jurisprudence montra-t-elle d'abord une certaine timidité; dans la première moitié du xvii^e siècle, les Parlements n'osèrent pas toujours, comme le voulait l'esprit de la déclaration, annuler un mariage sur le seul fondement du défaut de consentement des parents.

Mais d'habiles gens, comme tout pouvoir en trouve à son service, vinrent bientôt rassurer la conscience des jurisconsultes; ils démontrèrent clairement l'accord parfait des deux législations canonique et civile.

C'est à un M. Le Merre, avocat au Parlement, trop intelligent pour n'être pas quelque peu Janséniste, que revient l'honneur des premières découvertes dans cette voie. Il entreprit de démontrer, en 1687, que le concile de Trente avait seulement voulu « con-
« damner l'erreur des Protestans qui enseignent communément
« que le consentement des parens est nécessaire de droit naturel
« et de droit divin pour la validité des mariages de leurs enfans,
« et que s'ils ne veulent pas y consentir, ils peuvent les rendre
« nuls par la seule autorité paternelle, indépendamment des
« loix de l'Église et de l'État¹. »

Reproduite par Daguesseau², par l'abbé Boileau³, par Pothier⁴, cette doctrine devint bientôt pour ainsi dire officielle.

¹ *Justification des usages de France sur le mariage des enfans de famille sans le consentement de leurs parens, où l'on fait voir que les ordonnances de nos Rois ne sont point contraires aux Décrets du Concile de Trente, et qu'elles sont conformes aux Loix Ecclésiastiques et Civiles qui ont été observées dans l'Église Grecque et Latine pendant les dix premiers siècles*, in-8°, Paris, Préface (non paginée).

² *Septième plaidoyer*, 1691; *Œuvres*, 1819, t. I, p. 453.

³ *Traité des empêchemens de mariage*, ch. IX, n° 7.

⁴ *Traité du contrat de mariage*, n° 321.

On était donc débarrassé du concile de Trente : l'Église ne condamnait pas la législation des ordonnances. Il s'agissait maintenant de montrer qu'elle l'approuvait : la chose n'allait pas être beaucoup plus difficile.

Quelques bonnes gens invoquèrent ici la distinction du contrat et du sacrement, et le droit que se reconnaissait l'État d'établir des empêchements dirimants.

D'autres furent plus ingénieux. Le concile, nous l'avons déjà dit, avait fait du rapt un empêchement dirimant; trouvant ce terme de *rapt* suffisamment clair par lui-même, les Pères ne s'étaient pas attardé à le définir : on joua sur les mots. Nous laissons ici la parole à M. Benoit de Saint-Port, avocat général au Grand Conseil : « Il faut convenir que le concile de Trente ne désire pas
« comme une formalité essentielle le consentement des parens;
« il veut que le mariage puisse être contracté et célébré entre
« personnes d'âge compétent; il déclare nuls les mariages contractez par personnes ravies. Le concile n'a pas marqué ce
« qu'il entendoit par le rapt. Les ordonnances de nos rois l'ont
« expliqué et ont prononcé également la peine de mort contre
« les coupables du rapt de violence et du rapt de séduction¹. »

Il se rencontra même des théologiens pour déclarer que tel était bien « l'esprit » du concile².

Tout cela ne fait-il pas songer à l'*Augustinus* et aux cinq propositions?

Le pouvoir eut grand'peine à faire respecter ce nouvel empêchement. Les mariages *clandestins*, comme on les qualifiait alors, demeurèrent fréquents pendant tout le xvii^e siècle. Les ordonnances rendues à cette époque sur le nombre des témoins, la publication des bans, la nécessité de la présence du propre

¹ Conclusions données le 27 juin 1710; Brillou, *Dictionnaire des arrêts*, t. IV, v^o *Mariage*, n^o 27.

² *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. II, p. 379.

curé, n'eurent d'autre but que de chercher à rendre ces unions plus rares; mais Louis XIV se trouvait contraint d'avouer, en 1697, « que la justice de ces lois, et le respect qui était dû aux « deux puissances qui les avaient faites, n'avaient pas été capables d'arrêter la violence des passions qui engageaient dans les « mariages de cette nature¹. »

La jurisprudence, à cette époque, semblait être définitivement fixée; elle distinguait trois catégories de mariages :

1° Les mariages contractés par des mineurs de vingt-cinq ans étaient nuls de droit; ils se trouvaient entachés d'une présomption *juris et de jure* de séduction².

Ce principe souffrait toutefois quelques exceptions :

A. On admit primitivement que la législation des ordonnances ne suivait pas le Français à l'étranger; que celui-ci pouvait, une fois hors des frontières, se marier sans demander l'avis de personne³.

Cette jurisprudence changea au commencement du XVIII^e siècle; en 1716, un arrêt du Parlement de Paris déclara que le Français à l'étranger se trouvait soumis aux mêmes obligations qu'en France⁴. Cette évolution pourrait bien avoir été motivée par la déclaration du 16 juin 1685⁵; en défendant aux Français de se marier à l'étranger sans une autorisation du roi, celle-ci montrait bien que les lois relatives au mariage ne faisaient point partie du statut réel.

¹ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XX, p. 287.

² Pothier, *Tr. du contrat de mariage*, n° 229; Brillou, *Dictionnaire des arrêts*, t. IV, v° *Mariage*, n° 163.

³ Paris, 26 mars 1624; *Journal des audiences*, t. I, p. 21. Aix, 11 juin 1662; Boniface, *Arrests notables de la Cour du Parlement de Provence*, t. I, p. 316.

⁴ D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques de France*, III^e p., ch. v, art. 11, n° 74.

⁵ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIX, p. 510.

B. Lorsque le père refusait sans motif aucun de donner son consentement au mariage, l'enfant pouvait s'adresser au Parlement, et obtenir un arrêt l'autorisant à passer outre¹.

C. Une déclaration du 6 août 1686 permit aux enfants des religionnaires fugitifs de remplacer le consentement de leurs père et mère par celui de leurs six plus proches parents ou alliés tant paternels que maternels, assemblés devant le juge royal ou le juge ordinaire; à défaut de parents, on devait prendre six amis ou voisins².

Si un seul de leurs ascendants immédiats était fugitif, la déclaration du 24 mai 1724 décida qu'ils pourraient contracter mariage avec le consentement de l'autre, et celui de trois parents, amis ou voisins³.

D. Suivant un usage qui s'établit dans le courant du XVIII^e siècle, peut-être bien sous la Régence, toute femme ou fille, inscrite sur les contrôles de l'Opéra, échappait complètement à l'autorité de son père ou de son mari⁴. On ne peut affirmer toutefois d'une manière certaine que cette quasi-émancipation eût été jusqu'à leur permettre de se marier librement.

2° Les mariages contractés par des fils de famille, entre vingt-cinq et trente ans, n'étaient pas nuls; mais ceux-ci se trouvaient alors soumis aux déchéances prononcées par la déclaration de 1639.

L'avocat général Talon soutint pendant un moment que le fils devait avoir atteint l'âge de trente ans pour se marier valablement sans le consentement de ses parents. Au grand étonnement du barreau, le Parlement de Paris admit, par deux arrêts,

¹ Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique*, t. V, v^o Rapt.

² Néron et Girard, *Recueil d'édits et d'ordonnances royaux*, t. II, p. 971.

³ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XXI, p. 268.

⁴ Ad. Jullien, *L'Opéra secret au XVIII^e siècle*, pp. 45 et suiv.. Ed. et J. de Goncourt, *La femme au XVIII^e siècle*, p. 291.

cette singulière théorie (16 juin 1663 et 18 février 1664)¹. Il ne tarda pas cependant à l'abandonner.

Il n'y avait plus alors, pour empêcher un fils de famille de commettre une folie, qu'un moyen tout à fait exceptionnel : on pouvait obtenir du roi une lettre de cachet pour faire mettre momentanément la femme dans un couvent. C'est ainsi qu'agit en 1707 la famille de Rohan, lorsque le prince de Léon voulut épouser la Florence².

Le mariage contracté par un majeur de vingt-cinq ans pouvait toujours être annulé, lorsqu'il y avait eu *rapt de séduction*; les Parlements prononçaient généralement ainsi, lorsque des relations illicites avaient existé entre les conjoints pendant la minorité de l'un d'eux³; il en était de même si, durant le même temps, le séducteur s'était livré à de véritables manœuvres⁴.

3° Les filles après l'âge de vingt-cinq ans, les fils après celui de trente, n'encourageaient l'exhérédation que s'ils manquaient à requérir l'avis et conseil de leur père et mère. Pour remédier aux abus nombreux qui s'étaient produits en cette matière⁵, le Parlement détermina, par arrêt de règlement du 27 août 1692, en quelle forme devait être demandé cet avis⁶.

Nous avons toujours supposé jusqu'ici que le mineur possé-

¹ *Journal des audiences*, t. II, pp. 527 et 624.

Un arrêt de règlement du Parlement de Provence, en date du 13 décembre 1664, fit défenses aux enfants de famille, majeurs de vingt-cinq ans et jusques à trente, de contracter mariage sans le consentement de leur père, à peine de nullité. Boniface, *Arrests notables de la cour du Parlement de Provence*, t. I, p. 315.

² Saint-Simon, *Mémoires*, éd. Chéruel (en 13 vol.), t. IV, p. 77.

³ Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, v^o *Mariage*, n^o 63.

⁴ Voir les *Causes célèbres* de Darvillé des Essarts. t. IX, pp. 88 et suiv.

⁵ De Combes, *Recueil tiré des procédures civiles faites en l'officialité de Paris*, col. 153.

⁶ *Journal des audiences*, t. V, p. 641.

daït encore ses parents. L'orphelin de père et de mère devait obtenir le consentement de son tuteur. Au refus de ce dernier, il pouvait se plaindre au Parlement : la cour lui permettait alors de faire assembler ses plus proches parents devant un de ses membres, et décidait ensuite, sur le vu du procès-verbal de la réunion, s'il y avait lieu d'autoriser le mineur à passer outre¹. Parfois, lorsqu'il s'agissait d'une jeune fille, le Parlement, la trouvant « trop jeune pour estre mariée, » ordonnait qu'elle fût mise dans un couvent pendant un an, après quoi il serait fait droit².

Le défaut du consentement du tuteur ne rendait pas nécessairement le mariage nul. Les cours prononçaient ainsi seulement « lorsqu'il paraissoit de la surprise, et que le mariage était désavantageux au mineur par une inégalité de condition ou de biens³. »

Cette législation fut complètement bouleversée par le décret du 25 septembre 1792.

Le projet de la commission permettait à l'enfant majeur de vingt et un ans de se marier librement; avant d'avoir atteint cet âge, il lui fallait obtenir le consentement de son père, de sa mère, ou de ses parents ou voisins.

Le consentement du père était suffisant; s'il était mort ou interdit, celui de la mère en tenait lieu.

Si la mère était également décédée ou interdite, les cinq plus proches parents domiciliés dans le district se réunissaient à la maison commune devant le maire et le procureur général de la commune; ils accordaient ou refusaient le consentement à la majorité des suffrages. A défaut de parents en nombre suffisant, on prenait des voisins.

Ces dispositions, assurément fort libérales, furent encore

¹ Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 336.

² Lefevre d'Ormesson, *Journal*, t. I, p. 267.

³ Pothier, n° 336.

trouvées trop sévères par quelques députés. « Il peut arriver » — observa M. Lasource — « qu'une jeune personne préfère la » honte paisible d'une défaite aux fatigues d'une lutte de huit » ans¹; qu'elle se souille en égarée, pour pouvoir bientôt se » satisfaire en épouse chaste. On a vu de jeunes personnes se » plonger dans le crime pour aller plus vite à l'autel, et pour » forcer ainsi la volonté de leurs parents. Vous devez, par une » législation sage, prévenir tous ces maux qu'entraîne une trop » longue minorité. Aussi, je crois que l'âge auquel il sera per- » mis de se marier sans le consentement de ses parents doit » être fixé à dix-huit ans pour les filles et à vingt ans pour les » garçons². »

Ces belles phrases ne purent convaincre l'Assemblée, qui adopta le projet de son comité.

Le Code civil marqua un retour en arrière; sans aller jusqu'à reproduire complètement les dispositions des anciennes ordonnances, il s'en rapprocha sur plus d'un point. Le système qu'il adopta fut, en somme, un moyen terme entre celui de l'ancien régime et celui de la Révolution.

Enfant légitime. — Le fils qui a encore des ascendants ne peut se marier sans leur consentement, jusqu'à ce qu'il ait accompli ses vingt-cinq ans; la fille se trouve dans la même situation, mais jusqu'à l'âge de vingt et un ans seulement.

En cas de *dissentiment* entre le père et la mère, la volonté du premier l'emporte : la mère doit donc toujours être consultée. Le mariage serait toujours valable, bien que son avis n'eût pas été demandé.

Si l'un des époux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

¹ Dans sa séance du 29 juin, l'Assemblée venait de fixer à treize ans l'âge auquel la femme pouvait contracter mariage.

² Séance du 7 juillet; *Moniteur* du 8.

Le décès se prouve, en principe, par un acte inscrit sur les registres de l'état civil; un avis du Conseil d'État, en date du 27 thermidor an XIII, admet toutefois implicitement, comme preuve suffisante, l'attestation du conjoint survivant.

L'impossibilité de manifester une volonté peut être physique ou légale.

S'il y a eu *déclaration* d'absence, la preuve s'en fait par une expédition du jugement; s'il y a seulement *présomption* d'absence, il faut observer les formalités prescrites par l'article 155.

Le Code ne détermine pas, du reste, les conditions requises pour qu'un ascendant se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté; si donc il se trouvait très éloigné, si, par suite de guerre ou d'autres circonstances quelconques, toutes communications se trouvaient interrompues avec lui, on pourrait reconnaître à l'enfant le droit de se marier avec le seul consentement de son autre ascendant.

En cas de démence, si le conjoint a été interdit ou placé dans un établissement public d'aliénés, la production du jugement d'interdiction ou du certificat constatant l'admission dans l'établissement justifiera suffisamment de son état mental; si aucune de ces deux mesures n'a été prise, les tribunaux pourront, après avoir constaté la situation de l'ascendant, ordonner qu'il sera passé outre au mariage sur le consentement de l'autre.

L'impossibilité légale de donner un consentement peut provenir soit de l'interdiction légale, conséquence de toute condamnation à une peine afflictive et infamante, soit de la déchéance de la puissance paternelle, prononcée en vertu de la loi du 24 juillet 1889. Dans ce dernier cas toutefois, les tribunaux peuvent décider que les ascendants conserveront le droit de consentir au mariage de leurs enfants.

Lorsque le père et la mère sont tous deux morts ou dans l'im-

possibilité de manifester leur volonté, ce droit passe aux ascendants du second degré.

Le projet primitif du Code, adopté par le Conseil d'État, voulait que tous les aïeuls fussent consultés; ils se prononçaient, à la majorité, pour ou contre le mariage; le partage des voix emportait consentement. Sur les observations du tribunal, l'article fut modifié dans un sens plus libéral¹. Tous doivent encore être consultés, mais s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, l'avis du premier l'emporte; s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage vaut consentement.

Les bisaïeuls ne devraient être consultés qu'à défaut d'aïeuls; on suivrait alors les mêmes règles que pour ces derniers.

Le refus de consentement des ascendants n'est, en thèse générale, susceptible d'aucun recours; la loi du 24 juillet 1889 a apporté une double dérogation à ce principe :

1° Lorsque des administrations d'assistance publique, des associations de bienfaisance régulièrement autorisées à cet effet, des particuliers jouissant de leurs droits civils ont accepté la charge de mineurs de seize ans que les pères et mères leur ont confiés, que le tribunal a délégué à l'assistance publique les droits de puissance paternelle abandonnés par les parents, et qu'il en a remis l'exercice à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant.

2° Lorsque les parents ont été déchus de la puissance paternelle.

Dans ces deux cas, lorsque le droit de consentir au mariage de leurs descendants leur a été maintenu, l'assistance publique peut toujours, s'ils refusent, les faire citer devant le tribunal.

Celui-ci, après avoir entendu ou appelé les parents, en présence des particuliers, ou des représentants réguliers de l'administration ou de l'établissement gardien de l'enfant, ainsi que du

¹ Locré, *Législation civile*, t. IV, pp. 313 et 451.

représentant de l'assistance publique, procède à l'examen de l'affaire en chambre du conseil, le ministère public entendu.

Le jugement accordant ou refusant le consentement doit être lu en audience publique.

La fille à partir de vingt et un ans, le fils à partir de vingt-cinq ans, peuvent se marier contre le gré de leurs ascendants; il leur est seulement enjoint de demander *par un acte respectueux et formel*, l'avis de ceux qui devraient consentir à leur mariage s'ils étaient encore mineurs. L'omission de cette formalité ne constitue qu'un empêchement prohibitif.

Les ascendants peuvent toujours, bien que leurs descendants aient atteint leur majorité matrimoniale, former opposition à leur mariage. Les tribunaux pourraient-ils maintenir cette opposition si elle n'était fondée sur aucun empêchement légal? Dans les premières années qui suivirent la promulgation du Code, la jurisprudence hésita¹; elle se prononce aujourd'hui, et avec raison, croyons-nous, pour la négative², conformément à l'opinion toujours enseignée par l'unanimité des auteurs³.

Si l'enfant n'a plus d'ascendants, ou que tous se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il doit obtenir le consentement de son conseil de famille; cette obligation cesse pour lui, quel que soit son sexe, à l'âge de vingt et un ans.

Enfant naturel. — Si l'enfant naturel a été reconnu, il doit obtenir, dans les mêmes conditions que l'enfant légitime, le consentement de celui ou de ceux qui l'ont reconnu.

¹ Pour l'affirmative, Bourges, 30 mars 1813, et Caen, 9 juin 1813 (S. C. N. 4.2.285 et 323); pour la négative, Bordeaux, 22 mai 1806, et Bruxelles, 17 janvier 1809 (S. C. N. 2.2.147, 3.2.8).

² Cassation, 7 novembre 1814 (S. C. N. 4.1.625); Caen, 19 mars 1839 (S. 39.2.275); Montpellier, 12 août 1839 (S. 39.2.541); Pau, 18 juin 1867 (S. 68.2.181).

³ L'opinion contraire est cependant admise par Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I, p. 121, et par Allemand, *Traité du mariage*, t. I, n^{os} 279 et 280.

S'il n'a pas été reconnu, si celui ou ceux qui l'ont reconnu sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il ne peut avant l'âge de vingt et un ans se passer du consentement d'un tuteur *ad hoc*. La rédaction primitive de l'article 159 ajoutait : « qui lui sera nommé dans les formes ci-après établies. » Ces formes n'ont jamais été déterminées, et les derniers mots de l'article ont aujourd'hui disparu. Mais Réal déclara, au cours de la discussion « que ce mode couvrirait la trace de l'illégitimité « de sa naissance, et appelait ses amis à délibérer sur son mariage¹ ; » ces paroles ne soulevèrent aucune protestation. Aussi décide-t-on généralement, et avec raison, que ce tuteur doit être nommé par un conseil de famille composé d'amis².

Durant le cours du moyen-âge, les rois de France intervinrent à diverses reprises aux mariages des princes du sang pour y donner leur consentement; on ne semble pas toutefois avoir encore vu, dans l'absence de ce consentement, une cause de nullité.

Il en fut autrement au xvii^e siècle.

Le 3 janvier 1632, Gaston d'Orléans avait épousé malgré la défense formelle de Louis XIII, Marguerite de Lorraine, sœur du duc Charles IV. Le roi ne voulait pas d'un mariage qui donnait à son frère, conspirateur perpétuel, l'appui d'un ennemi héréditaire de la France.

Richelieu chercha d'abord à faire annuler cette union par le Pape; mais, voyant bientôt qu'il n'y pourrait parvenir, il porta l'affaire devant le Parlement de Paris. Le 5 septembre 1634, la cour déclara le mariage non valablement contracté³.

¹ Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 330.

² Ducaurroy, Bonnier et Roustain (*Comm. théor. et prat.*, t. I, p. 155) et Laurent (*Principes de droit civil français*, t. II, n° 342), enseignent cependant que ce tuteur doit être nommé par le tribunal.

³ Le Vassor, *Histoire de Louis XIII*, 1757, t. IV, passim.

Mais on voulait avoir davantage. Le 16 juin 1635, le roi fit demander à l'assemblée générale du clergé « si les mariages des « princes du sang, qui pouvaient prétendre à la succession de « la couronne et particulièrement de ceux qui en étaient les « plus proches et présomptifs héritiers, pouvaient être valables « et légitimes, quand ils étaient faits non seulement sans le consentement de celui qui possédait la couronne, mais encore « contre sa volonté et sa défense¹. »

L'assemblée demanda l'avis de la Sorbonne et des couvents de Paris : tous se prononcèrent pour la nullité de semblables mariages ; la plupart toutefois soumirent leur opinion au jugement de l'Église ou du Pape².

Ainsi éclairée, l'assemblée déclara, le 10 juillet, « que la coutume de France ne permettait pas que les princes du sang, et « particulièrement les plus proches et qui étaient présomptifs « héritiers de la couronne, se mariassent sans le consentement « du roi, beaucoup moins contre sa volonté et sa défense.

« Que tels mariages ainsi faits étaient-ils légitimes, invalides « et nuls par le défaut d'une condition sans laquelle lesdits princes n'étaient capables de légitimement et valablement contractés, et que cette coutume de la France était ancienne, affermie par une légitime prescription et autorisée par l'Église³. »

Ce fut là le seul exemple d'un mariage annulé pour avoir été célébré contre le gré du souverain ; mais, à diverses reprises, les rois de France s'opposèrent encore aux projets d'union des princes de leur sang. En 1670, Louis XIV refusa son consentement au mariage de Mademoiselle et de Lauzun⁴. En 1697

¹ *Mémoires du Clergé*, t. V, col. 693.

² On trouvera le texte de ces différents avis dans les *Mémoires du Clergé*, t. V, col. 697 et suiv.

³ *Mémoires du Clergé*, t. V, col. 711.

⁴ Mademoiselle, *Mémoires*, éd. Chéruel, t. IV, pp. 233 et suiv.; Lefèvre d'Ormesson, *Journal*, t. II, pp. 603 et suiv.

encore, Pontchartrain ayant voulu faire épouser à son fils une Bourbon-Malauze, le roi lui déclara « que cette fille portoit les « armes de Bourbon qui le choqueroient accolées avec les sien-
« nes, qu'il la vouloit marier à son gré, et qu'en un mot il
« désiroit qu'il n'y pensât plus¹. »

Le sénatus-consulte organique du 18 mai 1804 ressuscita, au profit de l'empereur, l'antique prérogative des rois de France. L'article 12 défendit aux membres de la famille impériale de se marier sans l'autorisation du souverain; la violation de cette défense n'entraînait plus toutefois la nullité du mariage; elle emportait seulement, pour le délinquant et ses descendants, privation de tout droit à l'hérédité.

Des dispositions analogues furent reproduites par le sénatus-consulte du 10 novembre 1852.

Les chefs de quelques maisons princières auraient-ils prétendu, sur les membres de leur famille, des droits semblables à ceux dont jouissait le roi de France? Il est permis de se le demander. Madame de Pompadour ayant voulu marier sa fille au duc de Fronsac, le maréchal de Richelieu lui répondit : « que son fils avait l'honneur d'appartenir par sa mère aux
« princes de la maison de Lorraine, et qu'il étoit obligé de leur
« demander leur agrément². » Il est bon d'ajouter que l'alliance ne plaisait nullement au maréchal.

Dans les deux derniers siècles de la monarchie, les grands du royaume se trouvaient soumis, comme les princes du sang, à l'obligation d'obtenir le consentement du roi³.

¹ Saint-Simon, *Mémoires*, éd. de Boislile, t. IV, p. 38.

Ces Bourbon-Malauze descendaient d'un bâtard de Jean II de Bourbon, connétable de France. Anselme, *Histoire généalogique de la maison de France*, t. I, pp. 367 et suiv.

² Ed. et J. de Goncourt, *Madame de Pompadour*, p. 88.

³ M^{me} de Motteville, *Mémoires*, éd. F. Riaux, t. III, p. 115; Le Bret, *De*

Nous ne connaissons aucun exemple d'un mariage annulé pour omission de cette formalité. En 1649, lorsque le duc de Richelieu épousa M^{me} de Pons sans demander l'avis de la reine, Anne d'Autriche manifesta l'intention de porter l'affaire devant le Parlement; aucune suite toutefois ne fut donnée à ce projet¹.

Au xvii^e siècle, on ne voit pas un grand seigneur marier ses enfants sans avoir au préalable demandé « l'agrément » du roi².

Pour étudier le mariage des serfs³, il faut distinguer deux ordres d'hypothèses : ou les futurs conjoints appartiennent au même propriétaire, ou ils vivent sous la dépendance de deux seigneurs différents.

Même dans le premier cas, l'Église admit d'abord qu'ils ne pourraient contracter mariage contre le gré de leur commun maître : le quatrième concile d'Orléans, tenu en 541, se prononça très nettement en ce sens⁴. En 753, le concile de Verberie admit encore la même doctrine; il ajouta toutefois que le maître était obligé, en conscience, à ne point séparer les deux époux⁵. Mais, au xii^e siècle, le principe contraire, proclamé par Alexandre IV, semble avoir été admis sans aucune difficulté.

Si les deux serfs appartenaient à des maîtres différents, le concile de Chalon-sur-Saône, en 833, décida que leur mariage,

la souveraineté du Roy, L. I, ch. viii; Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique*, t. IV, v^o *Mariage*.

¹ Voir sur ce mariage, qui fit beaucoup de bruit, A. Chérueil, *Histoire de France pendant la minorité de Louis XIV*, t. III, pp. 341 et suiv.

² Duc de Luynes, *Journal*, t. I, pp. 38, 175; t. II, pp. 49, 24, 167, 285, 347, 322, 420; t. III, pp. 47, 99, etc., etc.

³ Consulter sur ce point E. Cauvet, *Du mariage des serfs*, ap. *Bulletin de la commission archéologique et littéraire de l'arrondissement de Narbonne*, 1876-77, pp. 53 et suiv.; Potgiesserus, *De statu servorum vetere perinde atque novo*, in-4^o, Lemgovix, 1736.

⁴ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. II, col. 1439.

⁵ T. III, col. 1990.

pour être valide, devait avoir été contracté *per voluntatem dominorum*¹.

Au témoignage de Pierre Lombard, cette opinion dominait encore au xii^e siècle²; quelques théologiens pourtant, et notamment Hugues de Saint-Victor, reconnaissaient déjà que le mariage de deux esclaves était valide « quamvis eorum domini ignoraverint³. » Saint Thomas, au xiii^e siècle, se rangea également à cet avis⁴; la question ne semble plus, à partir de cette époque, avoir été discutée.

¹ Hardouin, *Conciliarum collectio*, T. IV, col. 1036.

² *Sententiarum libri quatuor*, L. IV, dist. xxxvi, 2; Migne, *Patrologie latine*, t. CXCII, col. 930.

³ *Summa sententiarum*, tr. VII, c. xiv; Migne, *Patrologie*, t. CXCII, col. 166.

⁴ *Summa theologia*, Pars tertia, Supplementum, Qu. LII, art. II.

CHAPITRE III.

EXISTENCE D'UN PRÉCÉDENT MARIAGE.

« On ne peut, dit l'article 147, contracter un second mariage
« avant la dissolution du premier. »

Ce principe, qui domine aujourd'hui la législation de tous les peuples civilisés, ne semble pas avoir été connu des Gaulois.

César, paraît bien dire au livre VII de ses *Commentaires*, qu'ils étaient monogames¹; mais il nous apprend, au livre VI, que si un chef venait à mourir dans des circonstances anormales, on mettait *ses* épouses à la torture². On en conclut, avec assez de vraisemblance, que les grands pratiquaient parfois la polygamie, bien que les simples particuliers se contentassent généralement d'une seule femme³.

Ce que nous apprend Tacite de la Germanie à la fin du I^{er} siècle vient encore fortifier cette conjecture : « Prope soli barbarorum singulis uxoribus contenti sunt, exceptis admodum paucis, qui non libidine, sed ob nobilitatem plurimis nuptiis ambiuntur⁴. »

¹ Voici le passage : « Conclamant equites... ne ad liberos, ne ad parentes, ne ad uxorem aditum habeat, qui non bis per hostium agmen perequitarit. » *De bello gallico*, VII, 66.

² VI, 19.

³ Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 328; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. I, p. 110.

⁴ *De moribus Germanorum*, 18.

Les Barbarés qui envahirent la Gaule au v^e siècle, semblent avoir également pratiqué la monogamie; nous voyons toutefois un certain nombre de rois Franks entretenir simultanément plusieurs épouses légitimes¹. Encore au vii^e siècle, Dagobert avait trois femmes sans parler des simples concubines. Mais les faits de ce genre constituaient alors des exceptions tout à fait rares²; sous l'influence du Christianisme, la Gaule était devenue définitivement monogame.

Au moyen-âge la polygamie tenta de s'introduire à Marseille, grâce aux relations continues de cette ville avec l'Orient; la vigilance des consuls ne lui permit pas de s'y établir³.

Plus tard encore, Luther soutint que cette institution n'avait rien de contraire à la loi divine⁴, mais sa doctrine ne pénétra jamais en France, où la polygamie continuera toujours à être regardée comme un crime.

Pendant longtemps, les bigames furent punis de mort; le Parlement de Paris rendit encore le 9 février 1640 un arrêt dans ce sens⁵. Au xviii^e siècle, on les condamnait à être exposés au carcan, pendant trois jours de marché, les hommes avec autant de quenouilles qu'ils avaient eu de femmes, et les femmes avec autant de chapeaux qu'elles avaient eu de maris; on ajoutait généralement, pour les premiers, la peine des galères⁶.

¹ Grégoire de Tours, L. IV, 3, 28; éd. Guadet de Taranne, t. I, pp. 184 et 222.

² Frédégaire, L. V, 60.

³ Méry et Guindon, *Histoire des actes de la municipalité de Marseille*, t. III, pp. CLIII et CLIV.

⁴ *Expl. Geneseos*, XVI.

⁵ Henrys, *Recueil d'arrests*, L. IV, ch. II, qu. xcviij; éd. de 1708, t. I, p. 618.

⁶ Jousse, *Traité de la justice criminelle*, t. IV, pp. 51 et suiv.

Le plus ancien arrêt en ce sens est du 23 novembre 1606; Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, t. I, v^o Bigamie, n^o 8.

A cette époque du reste, les philosophes ne témoignaient plus envers la polygamie, une horreur semblable à celle qu'elle avait jadis inspirée. Montesquieu la regardait comme une simple affaire de climat¹. Voltaire alla beaucoup plus loin ; il ne vit plus dans la bigamie que « la violation d'un usage nouveau², » et soutint « qu'il vaudrait mieux une polygamie permise par les « lois qu'une corruption générale autorisée par les mœurs³. » Il est vrai que celles-ci étaient parfois bien libres⁴.

On put se demander un moment, sous le Directoire, si la polygamie n'allait pas officiellement reparaitre. Un individu condamné à douze ans de fers pour bigamie se pourvut en cassation ; il fit observer « qu'on ne pouvait voir dans la bigamie que la négligence d'une simple formalité, que la bigamie « n'était autrefois un crime que parce qu'elle portait atteinte « aux droits du mariage, mais qu'il n'y avait point de droits du « mariage là où un des époux pouvait le dissoudre par un « simple acte de sa volonté. » Le pourvoi fut admis⁵.

Le Code pénal de 1810 punit aujourd'hui la bigamie des travaux forcés à temps ; ce crime est, d'ailleurs, devenu extrêmement rare.

A côté de la polygamie franche, dont nous venons de dire un mot, la contrariété des législations civile et canonique rendit possible, à certaines époques, une sorte de semi-polygamie dont il nous faut maintenant parler.

¹ *L'Esprit des Lois*, L. XVI, ch. II.

² *Prix de la justice et de l'humanité*, XII ; éd., L. Moland, t. XXX, p. 563.

³ *Fragment sur l'histoire générale*, III ; éd. L. Moland, t. XXIX, p. 231.

⁴ « J'étais d'une manière fort honnête et même recherchée avec Madame « de Lauzun — dit le duc de Lauzun — j'avais très publiquement Madame « de Cambis, dont je me souciais fort peu ; j'entretenais la petite Eugénie, « que j'aimais beaucoup... » *Mémoires*, éd. Georges d'Heylli, p. 30.

⁵ Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, p. 262.

La faculté de divorcer fut toujours admise d'une manière fort large, par toutes les législations barbares. Les lois des Alamans¹, des Bavarois², des Wisigoths³, des Burgondes⁴ autorisaient le mari à répudier sa femme, même par pur caprice. Chez ces deux derniers peuples, la femme avait également le droit de demander le divorce, mais seulement pour causes déterminées; les plus ordinaires étaient l'adultère, le meurtre, la magie, la violation de sépulture⁵. Le divorce par consentement mutuel, permis avec la plus grande facilité chez les Alamans, était également pratiqué par les autres Barbares⁶.

L'Église entreprit de fort bonne heure la lutte contre cette institution; rompant sur ce point avec les dispositions de l'ancienne loi⁷ le Sauveur lui-même avait proclamé le principe de l'indissolubilité du mariage : « Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, mœchatur : et qui dimissam duxerit mœchatur⁸. »

Une assez grave controverse s'éleva toutefois dans la primitive Église sur le sens exact qu'il convenait d'attribuer à ces paroles. Le mari ne pouvait-il pas répudier sa femme en cas d'adultère? Pris à la lettre, ce texte semblait bien lui en recon-

¹ Add. 30; Walter, *Corpus juris germanici*, t. III, p. 235.

² VIII, 14; Pertz, *Leges*, t. III, p. 300.

³ L. III, t. VI, 1 et 2; Canciani, *Barbarorum leges antiquæ*, t. IV, p. 101.

⁴ XXXIV, 2 et 3; Pertz, *Leges*, t. III, p. 546.

⁵ *Lex Burgundiorum*, XXXIV, 3; Pertz, *Leges*, *ibid.* — *Lex Wisigothorum*, L. III, t. VI, 3; Canciani, t. IV, p. 101.

⁶ Comme nous ne traitons ici la question du divorce que d'une manière tout à fait incidente, nous n'insistons pas davantage sur tous ces points. On pourra consulter, pour plus de détails, Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, pp. 181 et suiv., et *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, pp. 24 et suiv.

⁷ Glasson, *Le mariage civil*, pp. 145 et suiv.

⁸ Saint Matthieu, XIX, 9. Cf. saint Luc, XVI, 18, et saint Marc, X, 11, 12.

naître le droit. Des autorités considérables, Tertullien¹, Asterius, saint Épiphane², Lactance³, se prononçaient pour l'affirmative, admise encore aujourd'hui par l'église grecque. L'indissolubilité absolue, proclamée par saint Basile⁴, saint Ambroise⁵, saint Jean Chrysostôme⁶, saint Jérôme⁷, saint Augustin⁸ et le pape Innocent⁹ finit bientôt par l'emporter en Occident. Cependant le concile d'Arles en 314 n'osait encore condamner celui qui se remariait après avoir répudié sa femme adultère¹⁰.

Cette différence si grave entre les deux législations canonique et barbare produisait ce résultat, que nous voyons se reproduire aujourd'hui un individu divorcé et légalement remarié suivant la loi civile, se trouvait bigame au regard de l'Eglise.

Les efforts du clergé pour faire cesser cette antinomie finirent par être couronnés de succès; en 744, un premier capitulaire proclama l'indissolubilité absolue du mariage¹¹. On n'arriva cependant pas du premier coup à l'abolition immédiate du divorce, car nous le voyons encore proscrire par des capitulaires de 753 et même 829¹².

Il ne disparut encore pas dans toutes les provinces. En 1297,

¹ *Adversus Marcionem*, IV, 34; éd. Migne, t. II, col. 443.

² *Adversus Hæreses*, LIX, 4; éd. Migne, col. 516.

³ *Divinarum Institutionum* L. VI, ch. xxiii; Migne, *Patrologie latine*, t. VI, col. 720.

⁴ Ep. CLXXXVIII, *ad Amphilochum*, ch. IX; éd. Migne, t. II, col. 1257.

⁵ *Exp. Evangelii sec. Lucum*, VIII, 2 et suiv; éd. Migne, t. I, 2^e part, col. 1765.

⁶ *Homilia XVII in Matthæum*, 4; éd. Migne, t. VII, col. 259.

⁷ Ep. LV, *ad Amandum*; éd. Migne, t. I, col. 563.

⁸ *Lib. de Adulterinis conjugis*, I, 9; éd. Migne, t. VI, col. 456.

⁹ *Ep. ad Exuperium, Episc. Tolosanum*, VI; Migne, *Patrologie*, t. XX, col. 500.

¹⁰ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. I, col. 265.

¹¹ Pertz, *Leges*, t. I, p. 21.

¹² Pertz, *Leges*, t. I, pp. 22, 345 et 353.

on vit dans le comté d'Armagnac deux personnes de qualité se marier pour sept ans, avec faculté réciproque de proroger le contrat, si elles étaient satisfaites l'une de l'autre¹.

Au xvi^e siècle, le principe même fut de nouveau remis en question. Luther², Mélanchthon³ et Calvin⁴ admirent le divorce, non seulement en cas d'adultère, mais encore au cas d'absence ou d'abandon; le premier l'autorisait encore si l'un des conjoints excitait l'autre au vol ou à quelque autre faute, et même si, par suite de fréquentes disputes, la vie commune devenait insupportable.

Ces théories n'exercèrent à ce moment, aucune influence sur le développement de notre législation; mais elles jetèrent dans les esprits des germes que la philosophie du xviii^e siècle ne devait que trop développer.

Au début même du siècle, Montesquieu en fit l'apologie dans ses *Lettres persanes*⁵, Voltaire le proclama plus tard de droit naturel⁶, et Diderot déclama contre « la tyrannie de l'homme « qui avait converti la possession de la femme en une pro-« priété⁷. » Les cahiers de 1789, qui nous révèlent les véritables aspirations de la France, montrent néanmoins que sur ce point comme sur bien d'autres, le parti philosophique ne constituait guère qu'un état-major sans troupes. Le Tiers-État de la prévôté de Fleury-Mérogis, et celui du district de l'église des Théatins, à Paris, sont seuls à demander l'établissement du divorce⁸; par

¹ Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, t. IV, v^o *Mariage*, n^o 15.

² Sur le ch. VII de la I^{re} Ep. aux Corinthiens.

³ *Loci theolog.*, tit. de *Conjugio*.

⁴ Sur le ch. XIX de saint Matthieu.

⁵ Lettre CXVI.

⁶ *Dictionnaire philosophique*, v^o *Adultère*; éd. L. Moland, t. XVII, p. 69.

⁷ *Supplément aux voyages de Bougainville*; éd. Assezat, t. II, p. 245.

⁸ *Archives parlementaires*, t. IV, p. 549; t. V, p. 316. — Le texte de ce

contre, le clergé de la principauté d'Orange, ainsi que le tiers des paroisses d'Alnay-les-Bondis et de Stains, donnent mandat formel à leurs représentants de s'opposer aux demandes qui pourraient être faites sur ce point¹.

Cette question ne tarda pas cependant à préoccuper assez sérieusement l'opinion publique; dès 1789, un certain nombre de brochures entreprirent une campagne en faveur de l'établissement du divorce.

La sécularisation du mariage, votée le 27 août 1791 par l'Assemblée, vint bientôt encourager encore les partisans de cette institution; on vit même des tribunaux admettre que le principe se trouvait implicitement proclamé et prononcer des dissolutions de mariage². Enfin, le 30 août 1792, l'Assemblée déclara, sur la proposition d'Aubert-Dubayet, « que le mariage était un contrat dissoluble par le divorce³. »

On s'occupa immédiatement de l'organiser; dès le 6 septembre, Léonard Robin, au nom du comité de législation, déposa un projet de décret : « Le comité, dit-il, a cru devoir conserver « ou accorder la plus grande latitude à la faculté du divorce, à « cause de la nature du contrat de mariage, qui a pour base « principale le consentement des époux, et parce que la liberté « individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indis- « soluble par aucune convention⁴. »

De fait, il eût été difficile de se montrer plus libéral, à moins de supprimer complètement le mariage; outre le divorce par

dernier cahier est assez curieux. « Le divorce sera pareillement permis, car « un contrat indissoluble est opposé au caractère constant de l'homme. »

¹ *Archives parlementaires*, t. IV, pp. 267, 326; t. V, p. 124.

² *Moniteur* du 1^{er} septembre 1792.

³ *Ibid.*

⁴ *Moniteur* du 8 septembre.

consentement mutuel, le décret adopté le 20 par l'Assemblée¹ admit comme causes suffisantes de répudiation :

L'incompatibilité d'humeur ou de caractère,

La démence, folie ou fureur de l'un des époux,

La condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes,

Les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre,

Le dérèglement de mœurs notoire,

L'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme, pendant deux ans au moins,

L'absence de l'un d'eux sans nouvelles au moins pendant cinq ans,

Et enfin l'émigration.

Le même décret supprima la séparation de corps.

Le 3 nivôse et le 4 floréal an II, deux nouveaux décrets vinrent réduire à peu près à néant les formalités imposées par le décret de 1792 pour arriver à la prononciation du divorce.

Il n'y avait cependant pas lieu de chercher à le faciliter davantage; à peine ce décret avait-il été promulgué, que les divorces s'étaient multipliés avec une incroyable rapidité : dans les trois premiers mois de 1793, leur nombre avait égalé à Paris celui des mariages².

Sous le Directoire, le mal ne fit qu'augmenter³; il devint bientôt tel que le législateur lui-même s'en effraya. Le 19 mai 1795, le député Bonguyod soumit à la Convention un ensemble de considérations sur les abus du divorce, et en demanda le ren-

¹ La discussion occupa les séances des 6, 13, 14, 17, 19 et 20 septembre; voir le *Moniteur* des 8, 15, 16, 19 et 21.

² Glasson, *Le Mariage civil et le divorce*, p. 261.

³ Ed. et J. de Goncourt, *Histoire de la société française pendant le Directoire*, pp. 176 et suiv.

voit au comité de législation; l'Assemblée passa à l'ordre du jour¹.

Deux mois après, le 20 juillet, Mailhé demanda que le comité de législation fût tenu de présenter, dans le courant de la décade, un projet de modifications à la loi du divorce. « Le mariage, s'écria-t-il, n'est plus en ce moment qu'une affaire de « spéculation; on prend une femme comme une marchandise, « en calculant le profit dont elle peut être, et l'on s'en défait « sitôt qu'elle n'est plus d'aucun avantage; c'est un scandale « vraiment révoltant²! »

La Convention finit cette fois par se laisser convaincre, et vota, dans sa séance du 2 août, la suspension des lois du 8 nivôse et du 4 floréal an II.

Le remède n'était pas à beaucoup près suffisant; les abus continuèrent, et les assemblées se virent bientôt saisies de nouvelles réclamations. Le 18 novembre 1795, au Conseil des Cinq-Cents, Philippe Delleville demanda la suspension des demandes en divorce pour incompatibilité d'humeur. « Il faut, dit-il, faire « cesser le marché de chair humaine que les abus du divorce « ont introduit dans la société. » Cambacérès fit adopter l'ordre du jour³. Le 1^{er} décembre 1796, Delleville s'éleva de nouveau, mais sans plus de succès, contre « l'organisation du concubinage⁴. » Enfin, le 25 décembre, sur la motion de Favart, le Conseil finit par charger une commission de lui faire un rapport sur la suspension provisoire de la loi; mais lorsque le rapport eut été déposé, l'assemblée après une assez longue discussion, ajourna sa décision (31 janvier 1797)⁵. Quatre mois après, Favart renouvela sa proposition qui fut cette fois adoptée : un

¹ *Moniteur* du 2 prairial an III.

² *Moniteur* du 7 thermidor an III.

³ *Moniteur* du 30 brumaire an IV.

⁴ *Moniteur* du 13 frimaire an V.

⁵ Séances des 17, 22, 23, 30 et 31 janvier; *Moniteur* des 28 nivôse, 5, 6, 11 et 12 pluviôse an V.

décret du premier jour complémentaire de l'an V décida qu'aucun divorce pour incompatibilité d'humeur ne pourrait être prononcé que six mois après l'introduction de la demande.

Il n'était que temps; malgré la loi nouvelle, en l'an VI, le nombre des divorces dépassa, dans Paris, celui des mariages². L'année précédente, le nombre des enfants trouvés s'était élevé en France à quarante-huit mille³.

Lors de la rédaction du Code, le maintien du divorce ne fut guère mis en question, mais on discuta longuement sur les causes qui pourraient y donner ouverture. Elles étaient ainsi énoncées dans le projet primitif :

Article 1^{er}. « Le divorce ne pourra être prononcé que pour les
« causes déterminées par la loi. »

Article 2. Ces causes sont : « les sévices ou mauvais traitements, la conduite habituelle de l'un des époux qui rend à
« l'autre la vie commune insupportable, la diffamation publique, l'abandon du mari par la femme ou de la femme par le
« mari, l'adultère de la femme accompagné de scandale public
« ou prouvé par des écrits émanés d'elle, celui du mari qui entretient une concubine dans la maison commune⁴. »

Bonaparte insista très vivement pour le maintien de l'incompatibilité d'humeur comme cause de divorce; mais il rencontra au sein du Conseil d'État une opposition tellement ferme, qu'il dut renoncer à faire prévaloir son opinion. On admit seulement, sur la proposition d'Emmery, le divorce par consentement mutuel, afin de ne pas obliger les époux à rendre publics les motifs qui les obligeaient à se séparer.

¹ *Moniteur* du 4 messidor.

² Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, p. 262.

³ Ed. et J. de Goncourt, *Histoire de la société française pendant le Directoire*, p. 178.

⁴ Loaré, *Législation civile*, t. V, p. 41.

Quant aux causes déterminées par la loi, elles furent, en définitive, réduites à trois : l'adultère, les excès, sévices ou injures graves, et la condamnation à une peine infamante.

En même temps qu'il maintenait le divorce, le Code rétablit la séparation de corps; elle ne pouvait avoir lieu que pour les trois mêmes causes.

Le divorce fut peu pratiqué sous l'Empire; la moyenne ne dépassa pas à Paris, 50 à 75 par an¹. Néanmoins, dès les premiers jours de la Restauration, les deux Chambres, sur la proposition de M. de Bonald, supplièrent le roi de l'abolir. Le 22 avril, Louis XVIII, « voulant rendre au mariage toute sa dignité, « dans l'intérêt de la religion, des mœurs, de la monarchie et « des familles, » fit présenter aux Chambres un projet de loi supprimant purement et simplement le divorce. Adopté presque à l'unanimité par les pairs (197 voix contre 12), et les députés (255 voix contre 11), ce projet devint la loi du 8 mai 1816².

L'accord se trouvait désormais rétabli sur un point des plus importants, entre l'Eglise et l'État; l'*impedimentum ligaminis* produisait le même effet en droit civil qu'en droit canon.

Aussitôt la révolution de Juillet, l'abrogation de la loi de 1816, représentée uniquement comme une œuvre de réaction religieuse, fut réclamée avec insistance par les libéraux. A quatre reprises différentes, en 1831, 1833 et 1834, la Chambre des députés, à de fortes majorités, vota le rétablissement des articles 229 et suivants du Code civil³; la Chambre des pairs repoussa toujours ces mêmes propositions.

¹ Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, p. 266.

² On trouvera les travaux préparatoires de la loi de 1816, dans Locré, *Législation civile*, t. V, pp. 441 et suiv.

³ Voici les chiffres donnés par le *Moniteur* :

14 décembre 1831 : 194 ou 195 contre 71 ou 70.

23 mars 1833 : le compte-rendu se contente de dire « à une immense majorité. »

En 1848, le ministre de la justice soumit à l'Assemblée nationale un projet de loi analogue; il le retira quatre mois après sans que celui-ci eût été mis en délibération¹.

Pendant près de trente ans, on n'entendit plus guère parler du divorce; mais, le 6 juin 1876, M. Naquet déposa sur le bureau de la chambre des députés une proposition de loi qui abolissait pour ainsi dire le mariage. Il proposait en effet d'autoriser le divorce :

Par consentement mutuel.

Par la volonté d'un seul pour cause déterminée : 1° adultère, 2° crimes, sévices ou injures graves, 3° démence, folie ou fureur, 4° dérèglement de mœurs notoire..... 14° « et d'une manière
« générale toute cause non prévue qui paraîtra au tribunal de
« nature à atteindre profondément le lien conjugal.

Enfin « sur la demande expresse et persistante de l'un des
« époux affirmant sa volonté de dissoudre son mariage sans
« invoquer néanmoins de cause déterminée².

Cette proposition rencontra au sein des Chambres une telle opposition, que son auteur ne tarda pas à la retirer. Le 21 mai 1878, il présenta un second projet qui reproduisait, sauf quelques légères modifications, les règles édictées par le Code. Le 7 février 1881, la Chambre le repoussa par 247 voix contre 216.

Cet échec ne découragea pas M. Naquet; le 11 novembre de la même année, il renouvela encore une fois sa proposition; après d'assez longues vicissitudes, celle-ci est devenue la loi du 27 juillet 1884.

Le divorce ne peut avoir lieu que pour causes déterminées : ces causes sont, comme sous le régime du Code civil, au nombre

25 mai 1833 : 174 contre 74.

24 février 1834 : 191 contre 100.

¹ Le projet fut déposé le 26 mai, retiré le 23 septembre.

² *Journal officiel*, p. 4400.

de trois : les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre, la condamnation de l'un d'eux à une peine afflictive et infamante, et enfin l'adultère ; à la différence toutefois de ce qui existait en 1803, il n'est plus nécessaire, dans ce dernier cas, que le mari ait entretenu une concubine dans le domicile conjugal.

CHAPITRE IV.

IMPUBERTÉ. — IMPUISSANCE.

Au témoignage de Tacite, les mariages étaient tardifs chez les Germains¹. Il serait impossible de dire s'il en était encore ainsi chez les Barbares qui envahirent la Gaule.

Le concile de Fréjus, en 791, défendit de marier des impubères²; le capitulaire de Pavie, daté de 801, reproduisit en termes identiques la même prohibition³, mais aucun de ces deux textes ne déclara ce qu'il fallait entendre par puberté.

La même controverse que nous avons étudiée tout à l'heure en droit romain, divisait sur ce point les canonistes. Si la plupart d'entre eux admettaient, avec les Proculéiens, une puberté légale fixée à quatorze ans pour l'homme, à douze ans pour la femme⁴, on rencontrait encore, même au XVIII^e siècle, des auteurs qui enseignaient l'opinion contraire et détermi-

¹ *De moribus Germanorum*, 20.

² Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. IV, col. 859.

³ Pertz, *Leges*, t. I, p. 86.

⁴ Hugues de Saint-Victor, *Summa sententiarum*, Tr. VII, c. xv (Migne, *Patrologie latine*, t. CLXXVI, col. 166); Pierre Lombard, *Sententiarum libri quatuor*, L. IV, dist. xxvi, 4 (Migne, T. CXCH, col. 931); Bernard de Pavie, *Summula de Matrimonio*, T. XIII (*Archif für Katholisches Kirchenrecht*, 1861, p. 247); Hostiensis, *Summa aurea*, L. IV, sur le T. de *desponsatione impuberum* (éd. de Venise, 1570, f° 330, ro); Albert le Grand, *Sententiarum libri quatuor*, L. IV, dist. XXXVI, art. 6 (éd. de Lyon, 1654, t. XVI, p. 733); saint Thomas, *Summa theologica*, Pars tertia, Supplementum, Qu. LVIII, art. v; Sanchez, *de Matrimonio*, L. VII, disp. civ, n° 4.

naient la puberté *ex habitu corporis*¹. Il n'était pas contesté, du reste, même par les premiers, que le mariage ne pouvait plus être annulé lorsqu'il avait été consommé, quel que fût l'âge des contractants².

Bien des abus, du reste, paraissent s'être produits en cette matière. Au XII^e siècle, une lettre d'Yves de Chartres blâme l'évêque de Paris d'avoir autorisé le mariage de deux enfants presque au berceau (*cum adhuc pene in cunis essent*)³; on trouve encore à la fin du XVI^e siècle, un arrêt du Parlement de Paris annulant un mariage contracté par une femme âgée seulement de huit ans et huit mois⁴.

Les Parlements avaient admis, sur la puberté, le système de Justinien, douze et quatorze ans⁵; mais ils reconnaissaient, avec les canonistes, que la consommation du mariage le rendait inattaquable⁶.

Les mariages entre jeunes gens, nous dirions volontiers entre enfants de cet âge, n'étaient pas rares aux XVII^e et XVIII^e siècles⁷. Pendant un moment, du reste, le Gouvernement poussa de tout son pouvoir aux unions précoces. La guerre de Trente ans, les troubles de la Fronde, avaient amené une diminution assez notable dans le chiffre de la population⁸. Pour remédier autant

¹ Cette opinion est enseignée au XVI^e siècle dans un ouvrage quasi-officiel, les *Institutiones juris canonici* de Lancelot, L. II, t. XI.

Voir au XVIII^e siècle, Le *Dictionnaire de droit canonique* de Durand de Maillane, v^o *Impuissance*.

² *Décrét. Grég. XI*, L. IV, t. II, c. 9.

³ Ep. CCXLIII; Migne, *Patrologie latine*, t. CLXII, col. 250.

⁴ 23 avril 1598; Bouchel, *Bibliothèque du droit*, t. II, p. 694.

⁵ 13 mars 1636, *Journal des audiences*, t. I, p. 255.

⁶ Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n^o 94.

⁷ Biarnoy de Merville, *Traité des majorités coutumières*, 1729, p. 516. — Cf. le *Journal de Barbier*, passim.

⁸ Voir les chiffres publiés par M. Feillet, *Saint Vincent de Paul et la misère au temps de la Fronde*, pp. 293, 369-373, 405, 558.

que possible à cet état de choses, un édit du mois de novembre 1666 exempta jusqu'à vingt-cinq ans de toute contribution aux tailles, impositions et autres charges publiques, ceux qui se seraient mariés avant leur vingtième année¹. Des considérations budgétaires entraînèrent le retrait de cette mesure en 1683².

En 1792, le comité de législation proposa d'élever l'âge requis pour le mariage à quinze ans pour l'homme et treize ans pour la femme.

Bazire « ne croyant pas que l'Assemblée pût fixer un terme à la nature, » demanda la question préalable sur toute espèce de fixation; Ducos et Guadet insistèrent dans le même sens. Par contre, plusieurs membres demandèrent que l'homme fût reconnu pubère seulement à dix-huit ou vingt ans.

L'âge de dix-sept ans fut d'abord adopté. Mais, le vote ayant été annulé pour un vice de forme, l'Assemblée finit par se rallier au projet du comité³.

Lors de la rédaction du Code, on discuta vivement sur l'âge auquel il conviendrait de permettre le mariage. La commission de législation proposait le maintien du décret de 1792; quelques membres du Conseil d'État désiraient une réglementation plus sévère; le premier Consul notamment voulait qu'on élevât la puberté légale à vingt ans pour l'homme et à dix-huit ans pour la femme⁴. On prit un moyen terme, et l'article 144 décide aujourd'hui que « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme « avant quinze ans révolus ne peuvent contracter mariage. »

Il est permis au chef de l'État d'accorder pour des motifs graves des dispenses d'âge.

¹ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XVIII, p. 90.

² Déclaration du 22 janvier 1683; Isambert, t. XIX, p. 413.

³ *Moniteur* du 30 juin 1792.

Notons ici que Rousseau trouvait Emile mariable à vingt ans et le mariait à vingt-trois.

⁴ Loqué, *Législation civile*, t. IV, pp. 312, 316 à 319.

Le droit romain n'admettait l'inexistence du mariage pour impuissance que si le mari était *castratus*.

Le droit canon se montre beaucoup plus large : il décide que le mariage est nul toutes les fois qu'il est impossible de le consommer, peu importe que cette impossibilité provienne du fait de l'homme ou de la femme; il exige seulement qu'elle soit perpétuelle.

Une distinction fondamentale domine chez les canonistes toute la théorie de l'impuissance : on distingue suivant qu'elle provient ou d'un maléfice ou d'une cause naturelle. Nous allons d'abord nous occuper de cette dernière.

L'impuissance naturelle se manifeste de trois manières : « *in viro, frigidityte aut castratione; in fœmina, arctatione*¹. »

Pour être une cause de nullité, elle doit réunir certaines conditions; il faut qu'elle soit :

1° Perpétuelle. — On assimile à l'impuissance perpétuelle celle qui exigerait pour sa guérison une opération de nature à mettre la vie en danger²;

2° Antérieure au mariage;

3° Quelques canonistes exigent, en outre, qu'elle ait été inconnue de l'autre conjoint³. Leur opinion a été formellement condamnée par le pape Luce III⁴.

Le plus ancien texte qui fasse mention de cette cause de nullité est une lettre de saint Grégoire (590-604); le pontife ne s'explique pas toutefois sur la procédure à suivre pour parvenir à l'annulation du mariage; il se contente de dire : « Si mulier « potest probare per roctum iudicium⁵. »

¹ Sanchez, *de Matrimonio*, L. VII, disp. xcii, n° 1.

² *Ibid.*, disp. xciii, n° 15.

³ Le plus illustre représentant de cette opinion est saint Antonin, *Summa theologia*, Pars tertia, t. I, c. xii.

⁴ *Décrét. Grég.* IX, L. IV, t. xv, c. 4.

⁵ *Décr. Grat.*, Pars sec., Cau. XXXIII, Qu. II, c. 29.

Grégoire II, au siècle suivant, demande que le mari et la femme jurent sur les reliques des saints « ut nunquam per com-
« munionem carnis conjuncti una caro effecti fuissent; » ce serment doit être confirmé par celui de sept proches parents de chacun des époux : ce que l'on appelle en droit canon la *septima manus propinquorum*¹.

D'après ce texte, l'aveu des deux époux était donc nécessaire pour que la nullité pût être prononcée. Si, malgré les dires de la femme, le mari soutenait avoir consommé le mariage, le concile de Compiègne, en 756, décida qu'il devait être cru sur parole : « quia caput est mulieris². »

On finit par reconnaître tous les inconvénients qu'offrait un pareil système, et on jugea nécessaire de lui adjoindre le vrai mode de preuve que comportait cette matière, l'examen corporel. La visite de la femme fut recommandée au commencement du XIII^e siècle par une décrétale d'Innocent III³; quant à celle du mari, Henri de Suze, plus connu sous le nom d'*Hostiensis* († 1271) semble en avoir fait pour la première fois mention⁴.

Dans les trois derniers siècles de la monarchie, une instance en nullité de mariage pour cause d'impuissance suivait généralement devant les officialités françaises, la marche suivante⁵.

On commençait par interroger séparément, et sous la foi du serment, le mari et la femme; le serment de celle-ci, affirmant

¹ *Décr. Grat.*, Pars sec., Cau. XXXIII, Qu. I, c. 2.

² Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. III, col. 2006.

³ *Décrét. Grég.* IX, L. IV, t. xv, c. 6.

⁴ *Summa aurea*, L. IV, sur le T. de desponsatione impuberum.

⁵ P. de Combes, *Recueil tiré des procédures civiles faites en l'officialité de Paris et autres officialitez du royaume*, 1705, in-fol.; Boucher et Le Semelier, *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, 1715, in-12; Bouhier, *Traité de la dissolution du mariage pour cause d'impuissance*, 1735, in-8°; Boucher d'Argis, *Principes sur la nullité du mariage pour cause d'impuissance*, 1756, in-8°.

l'impuissance de son mari, mettait à la charge de ce dernier la preuve de sa virilité.

L'official rendait ensuite un jugement ordonnant la visite. Primitivement, le même acte ordonnait que la femme serait également visitée; au xviii^e siècle, on n'agissait plus de cette manière que si le mari rejetait le défaut de consommation du mariage sur un vice de conformation de sa femme.

Les experts commis pour visiter le mari pouvaient conclure de trois manières :

1^o Qu'il leur avait paru véritablement impuissant. — En ce cas, l'official devait prononcer sans délai l'annulation du mariage.

2^o Qu'ils ne pouvaient rien décider, la question leur semblant douteuse. — On distinguait alors deux hypothèses.

Si la femme avait déjà eu un autre mari, comme il lui était naturellement impossible de prouver la non consommation du mariage, la présomption de virilité du mari l'emportait.

Si elle avait été mariée vierge et se prétendait encore telle, le juge avait à choisir entre deux partis : il pouvait ordonner la cohabitation triennale ou la visite de la femme.

Au xviii^e siècle, d'Héricourt, invoquant un texte célèbre de saint Cyprien¹, s'efforça de faire supprimer, comme trop incertain, ce dernier mode de preuve². Sa voix ne rencontra guère d'échos, mais les jurisconsultes se divisèrent sur ce point : fallait-il ordonner en premier lieu la visite, ou commencer au contraire par le *triennium*³.

L'officialité de Paris ne recourait à ce dernier moyen que si la visite n'avait donné que des résultats douteux⁴.

¹ « Nec aliqua putet se hac excusatione defendi, quod inspicere et probari potest, an virgo sit; quum et manus obstetricum, et oculus scæpe fallantur. » Ep. LXII, *ad Pomponium*, Migne, *Patrologie latine*, t. IV, col. 367.

² *Lois ecclésiastiques de France*, 3^e partie, ch. V, art. iv, n^o 13.

³ Bouhier, *Tr. de la dissolution du mariage*, pp. 48 et suiv.

⁴ *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. III, pp. 179, 194 et suiv.

3° Enfin, les médecins pouvaient déclarer que le mari possédait tous les signes de la virilité : « *legitima conformatio partium genitalium, cum motu ad copulam et coitum*¹. » Suivant l'auteur des *Conférences*, un tel rapport était décisif en sa faveur.

Nous devons maintenant nous occuper d'un mode de preuve assez particulier, et qui jouit d'une réputation souvent bien exagérée de scandale : nous voulons parler du *congrès*.

Comme bien des erreurs ont été répandues sur ce point, nous croyons utile de commencer par dire de quelle manière on le pratiquait au xvii^e siècle ; le président Bouhier expose ainsi cette délicate question :

« Le mari et la femme y sont dans un lit bien fermé. A la vérité, il reste dans la chambre des matrones pour servir de témoins en cas qu'il arrive quelque altercation entre eux. Mais tout se passe d'ailleurs entre quatre rideaux. Quand il s'est écoulé un temps suffisant, et que le mari juge à propos d'appeler les experts choisis, la femme est visitée par les matrones, afin de reconnaître suivant les règles de leur art les vestiges de la consommation, si elle s'est faite. Les médecins et les chirurgiens, qui pendant le congrès étoient dans une chambre voisine, assistent aussi à cette reconnaissance en cas de besoin². »

Il est assez difficile de préciser le moment auquel le congrès s'introduisit en France. Des canonistes romains le mentionnent au xiv^e siècle³, mais on n'en trouve guère trace, dans notre

¹ *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. III, p. 176.

² *Tr. de la dissolution du mariage*, p. 96. Cf. Tagereau, *Discours sur l'impuissance de l'homme et de la femme*, ch. VI (cet ouvrage a été réimprimé dans la *Bibliothèque du droit de Bouchel*, t. III, pp. 466 et suiv.). Voir encore dans Tallemant des Réaux, *Historiette de M^{me} de Langey*.

³ Jean d'André, sur le ch. *Laudabilem*, *Décret. Grég. IX*, L. IV, t. xv. Ce canoniste mourut en 1348 (Dupin, *Bibliothèque des auteurs ecclésiastiques*, 2^e éd., t. XI, p. 77).

pays, avant le milieu du xvi^e ¹.

De très bonne heure, il suscita d'assez vives attaques. S'il fallait en croire les échos du Palais, jamais mari n'en serait revenu vainqueur²; on comprend donc facilement qu'il ait été mal vu de toute une moitié de l'humanité.

Ce fut Hotman qui, en 1581, formula contre lui les premières critiques; à l'occasion du procès d'Étienne de Bray, il publia un *Traité de la dissolution du mariage par l'impuissance et froideur de l'homme et de la femme*. Il y fronda fortement le congrès : nous n'avons pas besoin d'ajouter que son client avait échoué dans cette épreuve³.

En 1611, Tagereau fit également imprimer un *Discours sur l'impuissance de l'homme et de la femme*, dans lequel le congrès n'était pas mieux traité.

Mais ce fut surtout au milieu du xvii^e siècle que les attaques contre ce mode de preuve devinrent plus vives. En 1640, l'avocat Viani, plaidant devant la grande chambre du Parlement de Provence, qualifia le congrès de « honteux⁴. » En 1668 dans sa viii^e satire, Boileau le flétrit en termes plus énergiques encore⁵.

Le mouvement finit par gagner la magistrature elle-même. En 1674, l'official de Coutances ayant condamné au congrès un vieillard de soixante-dix ans, appel comme d'abus fut interjeté devant le Parlement de Paris. Dans ses conclusions, conformes

¹ Hotman, *Tr. de la dissolution du mariage*, 1610, p. 41.

² Mathieu Marais, *Journal et Mémoires*, t. III, p. 288.

³ Voir le *Factum* d'Étienne Pasquier dans la même cause; Bouhier, *Tr. de la dissolution du mariage*, p. 170.

⁴ Boniface, *Arrests notables de la Cour du Parlement de Provence*, t. I, p. 338.

⁵ Jamais la biche en rut n'a pour fait d'impuissance
Trainé du fond des bois un cerf à l'audience,
Et jamais juge, entr'eux ordonnant le congrès,
De ce burlesque mot n'a sali ses arrêts.

à la demande, l'avocat général de Lamoignon émit le vœu
 « qu'il fût possible d'abolir entièrement cette preuve de l'im-
 « puissance par le congrès, dont les officiaux abusaient si sou-
 « vent, ou du moins qu'on ne l'ordonnât jamais que quand les
 « parties le demanderaient et s'y soumettraient volontairement.
 « Autrement, continuait l'éminent magistrat, cet usage a quel-
 « que chose d'injuste, qui offense les bonnes mœurs, la religion,
 « la justice et la nature même : outre que la pratique en est
 « nouvelle, l'origine obscure, l'exécution honteuse, l'effet in-
 « certain, et qu'il n'est fondé ni sur les lois, ni sur les canons;
 « au contraire, il renverse l'ordre ancien qu'ils avoient établi
 « pour éclairer la vérité dans ces occasions; et qu'enfin c'est un
 « abus plutôt qu'un usage¹. »

Trois ans plus tard, en 1677, une affaire célèbre dans notre ancienne jurisprudence entraîna l'abolition définitive du congrès,

Le marquis de Langey, accusé par sa femme d'impuissance, avait été condamné au congrès; ayant échoué dans cette épreuve il avait vu prononcer la nullité de son mariage par arrêt du 8 février 1659. Néanmoins, quelques années plus tard, il était parvenu à contracter une nouvelle union; il en eut plusieurs enfants.

Il présenta alors au Parlement une requête civile pour faire effacer la défense de se marier, portée dans l'arrêt de 1659. Sa demande fut repoussée le 18 février 1677, mais la Cour, par le même arrêt, « fit défense à tous juges, même à ceux des officiaux, d'ordonner à l'avenir dans les causes de mariage la preuve du congrès². »

¹ Guyot de Pitaval, *Causes célèbres*, affaire de Saint-Remy, t. VIII, pp. 301 et suiv.

² *Journal des audiences*, t. III, p. 830; Guyot de Pitaval, *Causes célèbres*, t. VIII, pp. 232 et suiv.; Tallemant des Réaux, *Historiette de Mme de Langey*.

Quelques plaideurs voulurent soutenir que cet arrêt avait implicitement

Cet arrêt n'était naturellement obligatoire que dans le ressort du Parlement de Paris; on ne connaît cependant aucun exemple de congrès ordonné en France postérieurement à cette date.

Le président Bouhier, en 1735, écrivit son *Traité de la dissolution du mariage pour cause d'impuissance* dans le but unique de faire l'apologie du congrès. Tout en reconnaissant qu'il avait jadis donné lieu à de nombreux abus, il entreprit de démontrer que « renfermé dans ses justes bornes, » ce mode de preuve pouvait quelquefois être non seulement utile, mais même nécessaire. Guyot de Pitaval répondit, par une *Réfutation de l'apologie du congrès*¹. Depuis, on n'en parla plus.

Le jugement qui prononçait la dissolution d'un mariage pour cause d'impuissance ne passait jamais, suivant le droit canon, en force de chose jugée; si un mari, séparé pour ce motif de sa première femme, contractait néanmoins une nouvelle union, et se trouvait puissant avec la seconde, il était contraint de retourner avec l'autre². Ce principe n'était toutefois pas admis par le droit civil³.

aboli la visite; leur prétention ne fut jamais admise par les Parlements. Voir Boucher d'Argis, *Principes sur la nullité du mariage*, pp. 129 et suiv.

¹ Dans le t. X de ses *Causes célèbres*.

A cette époque, du reste, Messieurs de la Grand'Chambre étaient devenus singulièrement prudes, s'il faut en croire Mathieu Marais. « Je vous ai parlé, « Monsieur, dans ma dernière lettre, écrivait-il le 16 juin 1733 au président « Bouhier, du procès d'impuissance qui est à la Grand'Chambre. Dès que « l'avocat du mari a voulu parler de sa bonne mine et de sa beauté qui an- « nonçait d'autres bonnes parties, M. l'abbé Pucelle a tourné la tête; l'avo- « cat continuant sur sa bonne conformation, l'abbé s'est impatienté et s'est « retourné vers M. le P. P., qui s'est levé aussitôt, et sans avoir entendu la « cause, il est allé aux opinions et a prononcé un appointment au Conseil « sur l'appel comme d'abus, même en droit, sur les demandes, quoiqu'il n'y « en ait point » *Journal et Mémoires*, t. IV, p. 498.

Quant au public, il courait toujours à ses causes « comme au feu, » *ibid.* p. 497.

² *Décrét. Grég. IX*, L. IV, t. xv, c. 5.

³ *Conférences ecclésiastiques du diocèse d'Angers sur le mariage*, 1755, D.

Les canonistes eux-mêmes y reconnaissaient une double exception.

Lorsque le mariage avait été annulé « *propter disproportionem membrorum, aut quia cum virgine consummare matrimonium vir non poterat, quod tamen consummare poterat cum corrupta, secundum medicorum iudicium,* » les officialités de France, suivant en ce point l'opinion de saint Antonin¹, permettaient au mari de contracter une nouvelle union dans des conditions plus favorables pour lui². Bien évidemment, dans ce cas, il ne pouvait être question de le ramener à sa première femme.

Il en était encore ainsi lorsque l'impuissance provenait d'un maléfice³.

Le plus ancien texte qui fasse mention de ce genre d'impuissance est une lettre écrite en 860 par Hincmar, archevêque de Reims⁴; le prélat y parle bien de *sortiariæ* et de *maleficiæ*, mais il n'explique en aucune manière ce qu'il faut entendre par ces deux mots⁵.

Au xvi^e siècle déjà, on commençait à ne voir, dans la plupart de ces accidents, que des événements tout naturels. Zachias, dont l'autorité comme médecin légiste fut pendant longtemps si grande, reconnaissait que « nonnulli ob aliquam

t. II, p. 236; Davrillé des Essarts, *Causes célèbres* (affaire du marquis des Broesses), t. II.

¹ *Summa theologia*, Pars tertia, t. I, c. XII. — Saint Thomas, sur ce point, est d'un avis contraire; *Summa theologia*, Pars tertia, Supplementum, Qu. LVIII, art. 1.

² *Theologica dogmatica et moralis*, auctore R. P. F. Natali Alexandro, 1703, t. II, p. 160. Cf. Davrillé des Essarts, *Causes célèbres*, t. II, p. 31.

³ Saint Thomas, *Summa theologia*, Pars tertia, Supplementum, Qu. LVIII, art. II.

⁴ Ep. XXII, ad Rodolphum Bituricensem et Frotarium Burdigalensem; Migne, *Patrologie latine*, t. CXXVI, col. 151.

⁵ On pourra le voir dans Sanchez, *de Matrimonio*, L. VII, disp. xciv, n^o 2.

« animi passionem... redduntur ad coitum impotentes, et tunc
« ad eam non advertentes, falso credunt se maleficio rentatos
« fuisse¹. »

Cependant, au xvii^e siècle, Févret trouvait encore que « la
« ligature des mariés étoit l'un des plus pernicioeux et des plus
« anciens artifices de la magie². » On voit même, en 1718, un
« noueur d'aiguillette » brûlé par ordre du Parlement de Bor-
deaux³.

Quant aux demandes en nullité de mariage pour impuissance
de maléfice, elles étaient depuis longtemps tombées en désué-
tude. Le greffier de l'officialité de Paris déclarait, en 1703, n'en
avoir pu trouver aucun exemple dans ses minutes⁴.

Le décret du 20 septembre 1792 ne parla pas de l'impuis-
sance; il n'y voyait donc plus une cause de nullité.

Le Code ne rétablit pas cet empêchement; lors de la prépa-
ration du titre de la *Paternité* et de la *Filiation*, Portalis dé-
clara incidemment que l'impuissance « ne pouvait pas devenir
« le principe d'une exception (à la règle *pater is est*), puisque
« dans la loi sur le mariage on n'en avait point fait l'objet d'une
« action en nullité. Et ce silence de la loi, ajouta-t-il, est fondé
« en raison, car il n'y a pas de moyen de reconnaître avec
« certitude l'impuissance⁵. »

Néanmoins, la presque unanimité des premiers commenta-
teurs admirent que l'impuissance pouvait encore servir de base

¹ *Quæstiones medico-legales*, L. III, t. I, qu. v, n° 58. Cf. Montaigne, *Essais*, L. I, ch. xx.

² *Traité de l'abus*, t. I, p. 519.

³ Edélestand du Ménil, *Études sur quelques points d'archéologie et d'his-
toire littéraire*, p. 75, note 3.

On trouvera un procédé pour nouer l'aiguillette dans les *Cérémonies et
coutumes religieuses de tous les peuples du monde*, 1723, Amsterdam, t. II,
p. 112.

⁴ De Combes, *Recueil tiré des procédures civiles*, col. 745.

⁵ Locré, *Législation civile*, t. VI, p. 35.

à une demande en nullité. Quelques-uns continuèrent d'y voir, comme dans notre ancien droit, un empêchement *sui generis*¹; leur opinion fut même adoptée par un arrêt de la cour de Trèves, du 27 janvier 1808 (S. C. N. 2.2.335)². La plupart se contentèrent de soutenir que si elle avait été inconnue de l'autre conjoint, elle entraînait l'erreur dans la personne prévue par l'article 180³.

La jurisprudence, à part l'exception que nous venons de mentionner, a toujours décidé que l'impuissance ne pouvait jamais — soit par elle-même — soit comme ayant entraîné une erreur sur la personne — faire prononcer l'annulation d'un mariage⁴.

C'est également le système auquel tend aujourd'hui à se ranger la doctrine⁵.

Le mariage, étant l'union de l'homme et la femme, devrait être annulé si l'un des conjoints se trouvait n'appartenir à aucun sexe. Mais il sera toujours fort difficile, en pareil cas, de déterminer si, en fait, on se trouve en présence d'un simple cas d'impuissance, ou d'une absence totale de sexe. En 1869 et 1872.

¹ Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I, p. 206; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *Comm. théor. et prat. du Code*, t. I, n° 319; Richefort, *Tr. de l'état des familles*, t. I, n° 16.

² Voir, sur cette affaire, Merlin, *Répertoire*, v° *Impuissance*, II.

³ Merlin, *Répertoire*, v° *Impuissance*, n° 2; Toullier, *Droit civil français*, t. I, n° 526; Duranton, *Cours de droit français*, t. II, nos 67 à 71; Vazeille, *Tr. du mariage*, t. I, n° 93; Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code*, t. I, n° 638.

⁴ Riom, 30 juin 1828 (S. C. N. 9.2.105); Besançon, 28 août 1840 (S. 40.2.444); Toulouse, 10 mars 1858 (S. 58.2.660); Chambéry, 28 janvier 1867 (S. 67.2.84); Riom, 7 juin et 2 août 1876 (S. 77.2.153); Caen, 23 mars 1882 (S. 82.2.108).

⁵ Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. I, pp. 251 et suiv.; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. V, § 464-6°; Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, n° 133; Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n° 298.

les cours de Nîmes et de Montpellier, saisies d'une même affaire de ce genre, ont donné toutes deux des solutions contradictoires (Nîmes, 29 novembre 1869, S. 70.2.78; Montpellier, 8 mai 1872, S. 72.2.272)¹.

L'identité de sexe entre les deux époux frapperait aussi le mariage d'une nullité absolue. Le 10 janvier 1765, à la suite de débats qui eurent un grand retentissement, le Parlement de Paris annula pour ce motif le mariage d'un prétendu hermaphrodite, Anne Grandjean².

Beaucoup plus récemment, en 1834, le tribunal de la Seine fut également saisi d'une demande analogue. Un jugement du 18 avril reconnaissant le principe « qu'il ne pouvait y avoir de « mariage possible aux yeux de la loi entre personnes du même « sexe, » ordonna la visite du mari que l'on prétendait être femme. Le docteur Dubois ayant constaté qu'il appartenait bien au sexe masculin, quoiqu'il fût atteint d'impuissance absolue, le tribunal rejeta la demande par jugement du 2 décembre³.

¹ Voir sur cette affaire Jaccoud, *Nouveau dictionnaire de médecine et de chirurgie pratiques*, v^o *Impuissance*, t. XVIII, pp. 470 et 471.

² Guyot, *Répertoire*, v^o *Hermaphrodite*. Cf. le *Journal de Collé*, t. III, pp. 4 et suiv.

³ *Gazette des tribunaux* des 26 avril et 19 décembre 1834.

CHAPITRE V.

ENGAGEMENT DANS LES ORDRES SACRÉS. — VŒU SOLENNEL
DE RELIGION.

La supériorité du célibat sur le mariage fut, dès les premiers jours du Christianisme, proclamée bien haut par les apôtres. *Bonum est homini mulierem non tangere*, écrivit saint Paul¹, et l'on pourrait remplir des volumes avec les écrits des Pères qui ne sont pour ainsi dire que des commentaires de ce texte fameux.

Ce principe conduisit assez naturellement l'Église à déclarer que si la continence était une vertu pour les fidèles, elle était une obligation pour les ministres du culte.

Ceux-ci, de très bonne heure, furent divisés en deux catégories :

1° Les clercs revêtus des ordres mineurs, portier, lecteur, exorciste ;

2° Ceux revêtus des ordres majeurs ou sacrés, sous-diacre, diacre, prêtre.

Au point de vue spécial qui nous occupe cette distinction présente une importance capitale : car si, pendant un moment, la discipline de quelques Églises a interdit le mariage aux simples minorés, les clercs revêtus des ordres majeurs se trouvent seuls, en principe, soumis à l'obligation de garder le célibat.

¹ I ad Corinth., VIII, 1.

Il paraît certain que, dès les temps apostoliques, la continence était observée par les clercs; un passage de la première Épître aux Corinthiens semble bien autoriser cette manière de voir¹.

Toutefois, le premier texte formel sur la question est un canon du concile d'Ancyre, tenu en 314; défense y est faite au diacre de se marier, à moins que, lors de son ordination, il n'ait formellement déclaré *non posse se continere*². Dès le milieu du v^e siècle, on n'ordonne plus aucun diacre *nisi qui prius professus fuerit castitatem*³.

Il est assez difficile de préciser l'époque à laquelle l'obligation du célibat fut étendue aux sous-diacres. Jusque vers le milieu du vi^e siècle, les conciles ne parlent que des prêtres et des diacres⁴; les lettres de saint Sirice (385-398) et d'Innocent I^{er} (402-417), emploient la formule un peu vague *sacerdotes et levitæ*⁵. Saint Léon, au milieu du v^e siècle, défend à ceux qui sont mariés d'avoir commerce avec leur femme, ordonne à ceux qui ne le sont pas de demeurer célibataires⁶; mais, pour retrouver un texte formulant des prescriptions analogues, il faut ensuite descendre jusqu'en 538, au III^e concile d'Orléans⁷. Du temps de saint Grégoire (590-604), il y avait encore des sous-

¹ « Numquid non habemus potestatem mulierem sororem circumducendi, sicut et cæteri apostoli, et fratres Domini, et Cephas? » IX, 5.

² Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. I, col. 276.

³ 1^{er} Concile d'Orange, 441 (Hardouin, t. I, col. 1786); 2^e d'Arles, 452 (t. II, col. 776).

⁴ Néocésarée, entre 314 et 325 (Hardouin, t. I, col. 281); 2^e Carthage, 390 (t. I, col. 951); 5^e Carthage, 401 (t. I, col. 987); 1^{er} Tolède, 400 (t. I, col. 990); 1^{er} Orange, 441 (t. I, col. 1786); 2^e Arles, 452 (t. II, col. 776); 1^{er} Tours, 461 (t. II, col. 794); Agde, 506 (t. II, col. 999); 1^{er} Auvergne, 535 (t. II, col. 1182).

⁵ Migne, *Patrologie latine*, t. XIII, col. 1138; t. XX, col. 475.

⁶ Ep. XIV, 4; éd. Migne, t. I, col. 672.

⁷ Hardouin, t. II, col. 1423.

diacres mariés en Sicile¹; ce pontife défendit de conférer aucun des ordres majeurs à toute personne qui ne ferait pas vœu de chasteté².

L'Église paraît avoir eu assez de peine à faire respecter le principe du célibat ecclésiastique. A la fin du iv^e siècle, des ecclésiastiques, invoquant l'exemple de l'ancienne loi, soutinrent encore que le mariage leur était permis³; dans son épître *ad Gallos et Germanos*, écrite en 937 ou 939, le pape Léon VII se plaint de voir encore des prêtres se marier publiquement⁴. On comprend donc facilement que, jusqu'au milieu du xii^e siècle, un grand nombre de conciles aient cru nécessaire de rappeler au clergé ce point si important de la discipline⁵.

Le mariage contracté au mépris de ces prohibitions n'était pas, du reste, frappé de nullité : on déclarait le clerc *valde reprehensibilis*⁶, on le déposait même⁷; mais, jusqu'au xii^e siècle,

¹ Ep. III, 36; éd. Migne, t. III, col. 710.

² Ep. I, 14, éd. Migne, t. III, col. 506.

³ Saint Sirice, Ep. I, *ad Himerum episc. Tarraconensem*; Migne, *Patrologie latine*, t. XIII, col. 1138.

⁴ Migne, t. CXXII, col. 1086.

⁵ 4^e concile d'Orléans, 541 (Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. II, col. 1438); 5^e Orléans, 549 (t. II, col. 1444); 2^e Auvergne, 549 (t. II, col. 1452); 2^e Tours, 567 (t. III, col. 359); 3^e Lyon, 583 (t. III, col. 455); 3^e Tolède, 589 (t. III, col. 480); 4^e Tolède, 633 (t. III, col. 586); 8^e Tolède, 653 (t. III, col. 962); Syn. *in Trullo*, 692 (t. III, col. 1662); 6^e Paris, 829 (t. IV, col. 1319); Augsbourg, 952 (t. VI, 1^{re} part., col. 617); Pavie, entre 1012 et 1024 (t. VI, 1^{re} part., col. 813); Bourges, 1031 (t. VI, 1^{re} part., col. 849); Londres, 1108 (t. VI, 2^e part., col. 1889); Reims, 1119 (t. VI, 3^e part., col. 1984); 1^{er} Latran, 1123 (t. VI, 2^e part., col. 1114); Londres, 1125 (t. VI, 2^e part., col. 1126); Londres, 1127 (t. VI, 2^e part., col. 1129); Londres, 1138 (t. VI, 2^e part., col. 1205); 2^e Latran, 1139 (t. VI, 2^e part., col. 1209); Reims, 1148 (t. VI, 2^e part., col. 1301); Londres, 1175 (t. VI, 2^e part., col. 1636).

⁶ Nicolas I^{er}, *ad consulta Bulgarorum*, 70; Migne, t. CXIX, col. 1006.

⁷ Conciles de Néocésarée, 1^{er} d'Orange, 1^{er} d'Auvergne, 3^e, 4^e et 5^e d'Orléans, 2^e d'Auvergne, 3^e de Lyon, 6^e de Paris, d'Augsbourg, de Pavie.

on ne mettait pas en doute la validité d'une semblable union. Yves de Chartres, mort en 1115, reconnaît formellement que, si un prêtre vient à se marier, « sacramentum conjugii manet¹. »

Il n'en était plus de même quelques années après; en 1123, le premier concile de Latran déclara nul tout mariage contracté par un clerc revêtu des ordres majeurs².

Les *Canones sanctorum apostolorum*, qui semblent avoir été rédigés vers la fin du III^e siècle³, permettaient le mariage aux *minorés*⁴. Au milieu du V^e siècle, la discipline d'un certain nombre d'Églises leur avait imposé le célibat⁵. Léon IX (1048-1054) leur reconnut formellement le droit de se marier⁶. Depuis cette époque la question n'a plus fait aucun doute.

Plus encore peut-être que l'engagement dans les ordres, le vœu solennel de chasteté fut, dès les premiers siècles de l'Église, regardé comme un empêchement au mariage.

Saint Jérôme et saint Ambroise, au IV^e siècle, ne trouvent pas d'expressions assez fortes pour flétrir la vierge qui a violé ses vœux; elle commet moins un adultère qu'un inceste⁷, dit saint Jérôme, et l'évêque de Milan ajoute « Nescio an possit ei con-
« digna mors aut pœna cogitari⁸. »

Du IV^e au X^e siècle, plus de quinze conciles prononcent l'excommunication contre le moine ou la religieuse qui oserait se

¹ Ep. CCXVIII, Migne, *Patrologie latine*, t. CLXII, col. 221.

² Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. VI, 2^e part., col. 1114.

³ Hefele, *Hist. des conciles*, trad. Delarc, t. I, p. 613.

⁴ Can. XXV; on trouve les *Canones* dans presque toutes les éditions du *Corpus juris canonici*.

⁵ C'est ce qui résulte d'un canon du concile de Chalcédoine, tenu en 451; Hardouin, t. II, col. 607.

⁶ *Contrà epist. Nicetæ abbatis*; Migne, t. CXLIII, col. 782.

⁷ *Contrà Jovinianum*, I, 13; éd. Migne, t. II, col. 229.

⁸ *De lapsu virginis consecratæ*, V; éd. Migne, t. II, 1^{re} part., col. 372.

marier¹. Les Papes, dans de nombreuses lettres, condamnent également ces *incesta sacrilegaque fœdera*². En Gaule enfin, quatre capitulaires, remontant aux années 560, 614, 779 et 857, regardent le mariage d'une vierge consacrée comme un véritable crime, et le punissent quelquefois même de mort³.

Ces défenses toutefois ne semblent pas encore avoir eu pour sanction la nullité du mariage. Le concile de Tolède, en 633, les papes saint Grégoire et Nicolas I^{er} ordonnent bien de ramener dans son monastère le moine qui se serait marié, mais nous verrions plus volontiers dans cette mesure une simple punition à l'égard du coupable, qu'une réelle dissolution du mariage. Nous en disons autant des conciles de Tours (367) et de Tribur (893) ainsi que du capitulaire de 779, qui ordonnent la séparation des conjoints.

Le premier concile de Latran décida, en 1123, que le vœu de religion constituerait désormais, comme l'engagement dans les ordres, un empêchement dirimant⁴.

¹ 1^{er} concile de Tolède, 400 (Hardouin, *Conciliarum collectio*, t. I, col. 992); Valence, 374 (t. I, col. 796); Rome, entre 402 et 417 (t. I, col. 1033); Irlande, vers 450 (t. I, col. 1792); Chalcédoine, 451 (t. II, col. 607); 1^{er} Tours, 461 (t. II, col. 794); 1^{er} Orléans, 511 (t. II, col. 1011); 3^e Paris, 557 (t. III, col. 338); 2^e Tours, 567 (t. III, col. 360); Mâcon, 581 (t. III, col. 453); 5^e Paris, 614 ou 615 (t. III, col. 553); 4^e Tolède, 633 (t. III, col. 590); Rome, 721 (t. III, col. 1863); Rome, 743 (t. III, col. 1928); Soissons, 744 (t. III, col. 1934); 2^e Verneuil, 844 (t. IV, col. 1471); Cologne, 887 (t. IV, 1^{re} part., col. 400); Tribur, 893 (t. VI, 1^{re} part., col. 446).

² Innocent I^{er}, Ep. II, *Vitricio episc. Rotomagensi*, 13 (Migne, *Patrologie*, t. XX, col. 479); Gélase I^{er}, Ep. IX, *ad Episc. Lucaniæ*, 20 (Migne, t. LXIX, col. 64); saint Grégoire, L. I, Ep. XX, *ad Anthemium subdiac.* (éd. Migne, t. III, col. 495); saint Zacharie, Ep. VIII, *ad Pippinum majorem domus*, 20 (Migne, t. LXXXIX, col. 936); Étienne II, *Responsa* (Migne, t. LXXXIX, col. 1025); Nicolas I^{er}, *ad Albinum Viennæ ecclesiæ arch.* (*Decr. Grat.*, Pars prima, dist. XXVII, c. 6).

³ Pertz, *Leges*, t. I, pp. 2, 15, 38, 455.

⁴ Hardouin, t. VI, 2^e part., col. 1114.

Il importe de remarquer que le vœu solennel de religion était seul visé par le concile; le vœu simple de chasteté continuait toujours à ne former qu'un empêchement prohibitif¹.

Plusieurs conditions étaient et sont encore requises aujourd'hui par les canonistes pour que l'empêchement prévu par le concile vienne à se réaliser; il faut :

1° Qu'il y ait un vœu, c'est-à-dire une promesse faite à Dieu.

2° Que ce vœu renferme la triple promesse de chasteté, de pauvreté et d'obéissance.

3° Qu'il ait été fait dans un ordre approuvé par le Saint-Siège.

4° Qu'il ait été fait publiquement.

5° Qu'il ait été fait librement².

Notre ancien droit exigeait en outre :

7° Que l'ordre eût été approuvé par les lois du royaume.

8° Que les vœux n'eussent été faits qu'à l'âge de seize ans accomplis.

9° Qu'ils eussent été précédés d'une année de probation³.

Lors de la réforme, de très vives attaques furent formulées contre le principe du célibat religieux. Invoquant principalement quelques passages des épîtres de saint Paul, les novateurs soutinrent que la chasteté pouvait bien être une vertu, mais qu'elle n'était jamais une obligation.

L'empereur Ferdinand fit même prier le concile de Trente de modifier sur ce point la discipline ecclésiastique; s'il faut en croire Pallavicini, la France n'aurait pas été très éloignée d'ap-

¹ *Décrét. Grég. IX, L. IV, t. VI, c. 3.*

² Sanchez, *de Matrimonio*, L. VII, disp. xxv, nos 8 et suiv.; Cf. Saint Thomas, *Summa theologia*, Pars tertia, Supplementum, Qu. XLIII, art. 1 et II.

³ Pothier, *Tr. du contrat de Mariage*, no 114. — Ordonnance de Blois, art. 28; Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIV, p. 388.

payer sa demande¹. Elle ne fut naturellement pas accueillie; le concile proclama au contraire une fois de plus que l'engagement dans les ordres sacrés et le vœu solennel de religion constituaient des empêchements dirimants².

Néanmoins, durant les troubles religieux qui désolèrent la France au xvi^e siècle, on vit un certain nombre de prêtres et de religieux apostats contracter mariage. L'édit de mai 1576, arraché au pouvoir par l'approche de 30,000 huguenots en armes³, défendit « pour plusieurs bonnes considérations, » de les inquiéter à ce sujet⁴. Henri IV reproduisit la même clause, en termes presque identiques, dans les articles secrets qui accompagnèrent l'Édit de Nantes⁵.

Mais ces dérogations si graves au droit commun ne devaient produire effet que pour le passé. Le Parlement de Paris jugea, le 22 août 1640, qu'un prêtre ne pouvait se marier, bien qu'il eût embrassé la religion protestante⁶. La cour reconnaissait, avec le droit canon⁷, que le caractère sacerdotal était indélébile.

Le xviii^e siècle vit se renouveler, contre le célibat ecclésiastique, les attaques qui avaient signalé le xvi^e. Montesquieu blâma vivement, dans ses *Lettres Persanes*, « ce métier de continence qui avait anéanti plus d'hommes que les pestes et les guerres les plus sanglantes n'avaient jamais fait⁸. » Il renouvela les mêmes critiques, mais sous une forme beaucoup plus modérée, dans son *Esprit des Lois*⁹. Voltaire plaignit « ces vic-

¹ *Hist. du concile de Trente*, éd. Migne, t. II, col. 907 et 1184.

² Sess. XXIV, c. 9; Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. X, col. 148.

³ Henri Martin, *Histoire de France*, t. IX, p. 426.

⁴ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIV, p. 283.

⁵ Art. 39; Isambert, t. XV, p. 206.

⁶ *Journal des audiences*, t. I, p. 323.

⁷ *Decret. Greg. IX*, L. IV, t. VI, c. 1.

⁸ Lettre CXVIII.

⁹ L. XXV, ch. IV.

« times des papes, qui avaient voulu avoir en eux des esclaves, « des soldats sans famille et sans patrie, vivant uniquement « pour l'Église¹. » Rousseau, enfin, cet ours de Rousseau, comme l'appelle M. Taine, fronda fortement les dogmes d'une religion qui ne permettait pas à ses ministres « d'avoir de femme en « propre². »

En 1789 néanmoins, trois cahiers seulement, ceux du district des Théatins à Paris, et du Tiers des villes de Chalais et de Bellocq demandèrent que les prêtres pussent se marier³.

La question, dès l'année suivante, fut vivement discutée dans les pamphlets et dans les clubs⁴. A l'Assemblée nationale, Robespierre, le 31 mai 1790, demanda à mots couverts le mariage des prêtres⁵; Mirabeau avait déjà préparé un discours sur le même sujet⁶. On vit enfin un ecclésiastique, l'abbé Bernet de Boislorette, aumônier de la Garde nationale, écrire à « ses vrais amis » de l'Assemblée, une curieuse lettre dans laquelle il les suppliait « de déclarer qu'il pouvait avoir une femme⁷. »

¹ *Dictionnaire philosophique*, v^o *Adultère*, éd. L. Moland, t. XVII, p. 70.

² *Emile*, L. V.

³ *Archives parlementaires*, t. I, pp. 316 et 677; t. II, p. 273.

Le cahier de la ville de Chalais est assez curieux : « ... La tendresse de leurs « épouses réveillerait dans leurs cœurs, la sensibilité, la reconnaissance, la « pitié si naturelles à l'homme, que les vœux de chasteté et de solitude ont « étouffées chez presque tous ceux qui les ont prononcés. Les caresses innocentes de leurs enfants produiroient ce bien infini, qu'elles leur rappelleroient qu'ils en ont fait de même à leurs pères, que ceux-ci y ont répondu « comme eux, qu'ils leur doivent les égards, les obligations dont les leurs « sont tenus envers eux-mêmes, qu'ils sont enfin des hommes comme nous « autres, et jamais d'un rang plus distingué du nôtre que lorsqu'ils auront « plus de vertus, etc., etc. »

⁴ Ed. et J. de Goncourt, *Hist. de la société française pendant la Révolution*, p. 146.

⁵ *Moniteur* du 1^{er} juin.

⁶ Taine, *La Révolution*, t. I, p. 233, note.

⁷ Ed. et J. de Goncourt, *Hist. de la société française pendant la Révolution*, p. 147.

L'abbé Cournand fut cependant le premier prêtre qui osa se marier; s'appuyant sur l'article de la Constitution de 1791, qui ne reconnaissait plus dans le mariage que le contrat civil, il vint au mois de septembre 1791, déposer son acte de mariage à la municipalité de Paris¹. Ce triste exemple rencontra des imitateurs, et le curé, jetant sa soutane aux orties pour épouser quelque défroquée, fut pendant quelques mois l'un des héros du théâtre *patriotique*².

Le pouvoir législatif ne se prononça que plus tard sur cette grave question, encore ne fût-ce que d'une manière assez indirecte. Le 17 décembre 1792, le député Haussman dénonça à la Convention « un attentat contre les mœurs et la souveraineté du « peuple; » les électeurs de Versailles avaient nommé à la cure de Saint-Aubin un vicaire marié, et l'évêque s'était refusé à lui conférer l'institution canonique. La Convention passa à l'ordre du jour « motivé sur ce que tout citoyen pouvait se pourvoir « devant les tribunaux contre la violation de la loi à son égard³. » C'était reconnaître implicitement au clergé le droit de se marier. Le 19 juillet 1793, un décret, voté par acclamation, prononça la peine de la déportation contre les évêques qui apporteraient quelque obstacle à ces mariages⁴.

Lors du rétablissement du culte catholique, le concordat resta muet sur ces unions; la loi organique du 18 germinal an X, qui en fut le complément, renferme trois articles dans lesquels on a voulu en voir la prohibition.

Article 8 : « Il y aura recours au Conseil d'État, dans tous « les cas d'abus de la part des supérieurs et autres personnes « ecclésiastiques.

¹ Ed. et J. de Goncourt, *Hist. de la société française pendant la Révolution*, p. 148.

² Welschinger, *Le Théâtre de la Révolution*, pp. 248 et suiv.

³ *Moniteur* du 18 décembre.

⁴ *Moniteur* du 22 juillet.

« Les cas d'abus sont : l'usurpation ou l'excès de pouvoir, la
« contravention aux lois et règlements de la république, l'infra-
« tion des règles consacrées par les canons reçus en France, l'at-
« tentat aux libertés, franchises et coutumes de l'Église galli-
« cane, et toute entreprise, etc. »

Article 7 : « Il y aura pareillement recours au Conseil d'État,
« s'il est porté atteinte à l'exercice public du culte, et à la liberté
« que les lois et les règlements garantissent à ses ministres. »

Article 26 : « Ils (les évêques) ne pourront ordonner aucun
« ecclésiastique... s'il ne réunit les qualités requises par les ca-
« nons reçus en France. »

En présentant la loi au Corps législatif, le 18 avril 1802, Portalis s'exprima de façon à ne laisser aucun doute sur les intentions du pouvoir.

« Pour les ministres que nous conservons, dit-il, et à qui le
« célibat est ordonné par les règlements ecclésiastiques, la dé-
« fense qui leur est faite du mariage par ces règlements, n'est
« point consacrée comme empêchement dirimant dans l'ordre
« civil : ainsi leur mariage, s'ils en contractaient un, ne serait
« point nul aux yeux des lois politiques et civiles, et les enfants
« qui en naîtraient seraient légitimes ; mais dans le for intérieur
« et dans l'ordre religieux, ils s'exposeraient aux peines spi-
« rituelles prononcées par les lois canoniques. »

Deux ans après, lors de la présentation du Code civil à la même Assemblée, Portalis fit encore une déclaration tout aussi nette :

« L'engagement dans les ordres sacrés, le vœu monastique
« et la disparité de culte qui, dans l'ancienne jurisprudence,
« étaient des empêchements dirimants, ne le sont plus. Ils ne
« l'étaient devenus que par les lois civiles qui prohibaient les
« mariages mixtes et qui avaient sanctionné par le pouvoir
« coactif les règlements ecclésiastiques relatifs au célibat des

« prêtres séculiers et réguliers. Ils ont cessé de l'être depuis
 « que la liberté de conscience est devenue elle-même une loi
 « d'État, et que l'on ne peut certainement contester à aucun
 « souverain le droit de séparer les affaires religieuses d'avec les
 « affaires civiles, qui ne sauraient appartenir au même ordre
 « de choses, et qui sont gouvernées par des principes diffé-
 « rents¹. »

En 1805, consulté par l'empereur au sujet d'un certain abbé Baudon qui cherchait à se marier, Portalis répondait encore
 « qu'il n'y avait aucun moyen légal d'empêcher l'ecclésiastique
 « Baudon de réaliser son projet de mariage civil². »

S'il n'y avait aucun moyen légal, il en existait cependant d'autres. Le 14 janvier de l'année suivante, Portalis écrivait à l'archevêque de Bordeaux « que Sa Majesté, en considération
 « de la religion et des mœurs, venait d'ordonner qu'il serait
 « défendu à tous les officiers de l'état civil de recevoir l'acte de
 « mariage du prêtre Baudon. Sa Majesté, ajoutait-il, considère
 « le projet formé par cet ecclésiastique comme un délit contre
 « la religion et la morale, dont il importe d'arrêter les funestes
 « effets dans leur principe³. »

Le 30 janvier 1807, nouvelle lettre, cette fois, au préfet de la Seine-Inférieure : « La loi se tait sur le mariage des prêtres ; ces
 « mariages sont généralement réprouvés par l'opinion, ils ont
 « des dangers pour la sûreté et la tranquillité des familles. Un
 « prêtre catholique aurait trop de moyens de séduire, s'il pou-
 « vait se promettre d'arriver au terme de sa séduction par un
 « mariage légitime... En conséquence, une décision de Sa Ma-
 « jesté, intervenue sur le rapport de Son Excellence Monsei-
 « gneur le Grand-Juge et sur le mien, porte que l'on ne doit

¹ Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 497.

² Portalis, *Discours, rapports, etc.*, sur le *Concordat*, p. 570.

³ Sirey, *Lois annotées*, t. I, p. 708.

« pas tolérer le mariage des prêtres qui, depuis le concordat, « se sont mis en communion avec leur évêque¹. »

La jurisprudence cependant considérait toujours l'engagement dans les ordres comme formant au moins un empêchement prohibitif. Un arrêt de la cour de Bordeaux, du 20 juillet 1807, déclare que le prêtre « ne peut, sans contrevenir aux règles canoniques adoptées en France et remises en vigueur par le « concordat, et sans blesser la morale, contracter mariage » (S. C. N. 2.2.280). Le 30 mai 1814, la cour de Turin se prononça dans le même sens; elle invoquait tout à la fois les lois de l'Église, qui jouissaient de la protection du gouvernement, l'opinion publique, qui voyait dans le mariage du prêtre un acte contraire à la morale, et enfin les deux lettres ministérielles du 14 janvier 1806 et du 30 janvier 1807 (S. C. N. 3.2.500).

Quant à la doctrine, elle reconnaissait unanimement que nul obstacle légal ne s'opposait plus à ces unions; Delvincourt reconnaissait cependant à la femme qui avait épousé par erreur un prêtre catholique le droit de demander l'annulation de son mariage en vertu de l'article 180².

Le gouvernement ne croyait pas non plus, au fond, que l'engagement dans les ordres constituât encore un empêchement. La question fut sérieusement examinée par le Conseil d'État le 20 décembre 1813. Animés du seul désir d'échapper à la conscription, un certain nombre de jeunes gens entraient alors dans le clergé avec l'intention bien arrêtée d'en sortir aussitôt la fin de la guerre. Napoléon, vivement irrité, voulut au moins leur enlever toute espérance de pouvoir se marier. Les circulaires ministérielles, il le reconnut sans peine, ne pouvaient pas lier les tribunaux; la section de législation fut donc chargée de ré-

¹ Sirey, *Lois annotées*, t. I, p. 708, note 6.

² Merlin, *Répertoire*, v° *Célibat*, n° 2; Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I, p. 151; Toullier, *Droit civil français*, t. I, nos 559 et 560.

diger un projet de loi dans ce sens¹. Les événements politiques ne permirent pas de donner suite à ce dessein.

La Charte de 1814, tout en reconnaissant que « chacun pro-
« fessait sa religion avec une égale liberté, » proclama cepen-
dant que « la religion catholique, apostolique et romaine, était
« la religion de l'État. »

Un arrêt de la cour de Paris, en date du 18 mai 1818, déclara que ce texte « avait » restitué « aux lois de l'Église la
« force des lois de l'État, relativement aux ministres de la reli-
« gion de l'État. » Il reconnaissait en conséquence l'engagement
dans les ordres comme formant un empêchement dirimant (S.
C. N. 6.2.359)².

La jurisprudence cependant commençait à montrer une cer-
taine hésitation. Le 18 août 1827, le tribunal de Sainte-Méne-
hould déclarait qu'il était permis aux prêtres de contracter
mariage; il invoquait l'absence de toute prohibition, et les dis-
cours de Portalis au Corps Législatif. Le 23 avril et le 7 mai
1828, les tribunaux de Nancy et de Cambrai admettaient, par
des motifs analogues, la même solution (S. C. N. 9.2.179).

Cette année 1828 vit encore naître, au sujet de la même ques-
tion, un procès qui fit quelque bruit.

Un sieur Dumonteil, ordonné prêtre depuis le concordat, avait déclaré abandonner ses fonctions ecclésiastiques; sa dé-
mission avait été acceptée par l'archevêque de Paris. Il avait
alors voulu se marier, mais, devant l'opposition de ses parents,
il s'était trouvé devoir recourir aux actes respectueux. Aucun
notaire n'ayant consenti à les signifier, il cita l'un d'eux, M^e
Esnée, devant le tribunal de la Seine. Sa prétention fut re-

¹ M^e Mermillod dans sa plaidoirie pour Dumonteil (S. 1832.2.63).

² L'arrêt fut cassé, mais parce qu'il avait admis des collatéraux à criti-
quer la validité d'un mariage, lorsqu'aucun texte ne leur en conférait ex-
pressément le droit. Ch. civ., 9 janvier 1821 (S. C. N. 6.1.359).

poussée par jugement du 19 juin 1828 ; le tribunal appuyait sa sentence sur l'article 6 de la loi du 18 germinal an X, et l'article 6 de la charte de 1814.

Sur l'appel de Dumonteil, intervint un arrêt confirmatif de la cour de Paris « les canons des conciles, quant à cette partie de « la discipline, ayant été admis en France par la puissance ecclésiastique, et sanctionnés par la jurisprudence civile » (27 décembre 1828, S. C. N. 9.2.177).

Arriva 1830. L'article 6 disparut de la charte ; on se contenta de déclarer que la religion catholique était « professée par la « majorité des Français ».

Comme le vent avait changé, Dumonteil trouva un notaire qui consentit à signifier les actes respectueux ; mais alors ses parents formèrent opposition à son mariage. Le tribunal de la Seine en donna mainlevée par jugement du 26 mars 1831 : « Attendu que la charte constitutionnelle de 1830 ne reconnaît « pas la religion catholique, apostolique et romaine comme religion de l'État ; qu'ainsi les canons des conciles ne peuvent « être exécutés comme lois de l'État qu'en vertu d'une loi spéciale. Attendu que l'article 6 du concordat ne s'applique pas « à la prohibition relative au mariage du prêtre, ... que cette « défense du mariage n'a point été consacrée comme empêchement dans l'ordre civil, ... que cela résulte positivement des « rapports de l'orateur du gouvernement sur le concordat et le « Code civil. »

Dumonteil fit appel. La cour de Paris, contrairement aux conclusions du procureur général Persil, infirma le jugement ; elle décida « que les articles 6 et 26 de la loi organique avaient « remis en vigueur, quant à cette partie de la discipline, les anciens canons reçus en France » (14 janvier 1832, S. 32.2.65).

L'affaire fut alors portée devant la Cour de cassation. Dupin, dans un réquisitoire assez faible, conclut à l'admission du pour-

voi; la chambre des requêtes le rejeta. « Attendu qu'il résulte
« des articles 6 et 26 de la loi organique du concordat de ger-
« minal an X que les prêtres catholiques sont soumis aux canons
« qui alors étaient reçus en France, et par conséquent à ceux
« qui prohibaient le mariage aux ecclésiastiques engagés dans
« les ordres sacrés » (21 février 1833, S. 33.1.168).

Le surlendemain, M. Portalis, député du Var et vice-président du tribunal de la Seine, déposa à la Chambre une proposition de loi ainsi conçue :

« Il est interdit aux tribunaux d'admettre, dans aucun cas,
« d'autres empêchements aux mariages que ceux qui sont nomi-
« nativement énoncés au titre *Du mariage* du Code civil. »

La proposition fut prise en considération à une assez forte majorité, mais la commission à laquelle on la renvoya, estimant que l'interprétation doctrinale des lois était le domaine de la magistrature, conclut presque à l'unanimité au rejet¹.

La doctrine ne présentait plus, du reste, sur cette question, le même ensemble que sous l'Empire. Dès 1819, Loiseau s'appuyant sur les articles organiques, avait soutenu que l'engagement dans les ordres formait encore un empêchement dirimant². Favard, en 1823, admit également que ces textes avaient remis en vigueur les anciens canons; mais, aucune action n'étant ouverte à raison de leur violation, il considéra l'engagement dans les ordres comme un simple empêchement prohibitif³. Pezzani⁴, en 1838, Marcadé, en 1840⁵, adoptèrent la même opinion. Quelques années plus tard, Aubry et Rau⁶ d'abord, Demante⁷

¹ *Moniteur* des 24 février et 19 avril.

² *Traité des enfants naturels*, pp. 272 et suiv.

³ *Répertoire*, v^o *Mariage*, sect. I, § 2, n^o 9.

⁴ *Des empêchements de mariage*, n^o 206.

⁵ *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. I, n^o 564.

⁶ *Cours de droit civil*, t. V, § 464-3^o.

⁷ *Cours analytique de Code civil*, t. I, n^o

ensuite arrivèrent, mais par d'autres motifs, à une conclusion semblable : en garantissant à l'Église le plein exercice de son culte, l'État s'engageait par le fait même à respecter le caractère qu'elle imprimait à ses ministres.

Ajoutons cependant que la grande majorité des auteurs enseignaient toujours qu'il était permis au prêtre de se marier¹.

Quant à la jurisprudence, elle paraissait avoir définitivement adopté l'opinion contraire. Le 23 février 1847, la chambre des requêtes, reproduisant identiquement les termes de son arrêt de 1833, rejeta encore le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Limoges, qui maintenait une opposition.

La République de 1848, vit se renouveler la tentative faite en 1833 pour obtenir des Chambres une interprétation du silence de la loi; l'Assemblée nationale repoussa la pétition qui lui était adressée en faveur du mariage des prêtres.

Le 12 décembre 1850, M. Benjamin Raspail déposa encore une proposition de loi ainsi conçue :

« Il est interdit à tout maire ou autre fonctionnaire public de
« s'opposer désormais à la célébration du mariage d'un citoyen
« en état de satisfaire à toutes les conditions énoncées au titre V,
« livre I, du Code civil, à quelque profession religieuse que ce
« citoyen appartienne, et quelque vœu de chasteté qu'il ait pré-
« cédemment fait. »

La commission conclut à l'unanimité, par des considérations tirées du concordat et de la morale publique, à ce que la proposition ne fût pas prise en considération. Le 23 décembre, la question préalable fut votée par 457 voix contre 54².

¹ Vazeille, *Traité du mariage*, t. I, n° 94; Nachet, *De la liberté religieuse en France*, p. 320; Demolombe, *Cours de Code civil*, t. III, n° 131; Richefort, *Traité de l'état des familles*, t. I, n° 217; Vuillefroy, *Traité de l'administration du culte catholique*, p. 425; Serrigny, *Tr. du droit public des français*, t. I, pp. 567 et suiv.; Hello, *Du régime constitutionnel*, t. I, pp. 175 et suiv.

² *Moniteur* des 13 décembre 1850, 8 et 24 janvier 1851.

Le 6 février 1877, il revint une dernière fois à la charge, et soumit à la Chambre la proposition de loi suivante :

« Tout officier de l'état civil qui refusera de procéder à la célébration du mariage, sous prétexte que l'un des futurs époux est ou a été engagé dans la prêtrise ou dans les ordres religieux, sera puni d'une amende de 300 à 1,000 francs et de un mois à six mois de prison ¹. »

Les événements du 16 mai ne lui permirent pas de venir en discussion.

Les tribunaux cependant persistaient dans leur ancienne jurisprudence. Un arrêt de la chambre des requêtes, du 28 février 1878, invoquant toujours les articles 6 et 26 de la loi de germinal, décida même que l'engagement dans les ordres constituait un empêchement dirimant (S. 79.1.241). C'était la première fois que la Cour suprême se prononçait sur la question ainsi posée.

Dix ans plus tard, elle revint subitement sur toute sa jurisprudence antérieure. Après un réquisitoire où M. le procureur général Ronjat mit fort habilement en lumière les deux discours de Portalis, la chambre civile reconnut, le 25 janvier 1888, que rien ne s'opposait au mariage du prêtre : « Attendu que le mariage est permis à toute personne à qui la loi ne l'interdit pas, et qu'il n'existe ni dans le Code civil, ni ailleurs aucune loi qui l'interdise au prêtre catholique au regard de l'autorité civile.... que la volonté de ne pas subordonner la validité des mariages à l'observation des prescriptions purement ecclésiastiques et de n'admettre d'autres causes de nullité que celles limitativement prévues par les lois civiles a été, soit à l'occasion de la loi de germinal, soit lors de la discussion du Code civil, exprimée par les organes officiels du gouvernement » (S. 88.1.193).

¹ *Journal officiel* des 7 et 11 février.

Cette solution, qui nous paraît appuyée sur des arguments irréfutables, semble aussi rallier aujourd'hui la presque unanimité des auteurs¹.

Le prêtre qui jette la soutane aux orties est généralement, sans doute, un assez triste personnage; Napoléon, peu suspect de cléricisme, ne voyait en lui « qu'un mauvais sujet causant « du scandale. » Mais la loi est la loi pour tous, et des considérations de cette nature ne sauraient prévaloir contre les principes généraux du droit.

Le texte dans lequel certains auteurs croient trouver une dérogation à ces principes, l'article 8 de la loi de germinal an X ne vise que les abus, c'est-à-dire les excès de pouvoir commis par les ecclésiastiques; il est impossible de soutenir que le prêtre qui se marie accomplit un acte de ce genre. Prévoyant peut-être les difficultés qui pourraient s'élever à ce sujet, le gouvernement consulaire eut bien soin, lorsqu'il soumit le projet de loi au Corps législatif, de déterminer nettement la portée qu'il entendait lui donner : nous avons rapporté plus haut les paroles si claires de Portalis; elles ne laissent aucune place à l'équivoque.

En vain objecterait-on, pour en détruire l'autorité que leur auteur exprimait quelques années plus tard, une opinion toute autre; il serait inexact de parler ainsi. Lorsque Napoléon se crut le droit, par mesure de haute police, d'interdire aux officiers publics de célébrer le mariage d'un prêtre, Portalis écrivit les deux lettres que nous avons mentionnées plus haut : mais il n'était alors que l'interprète des volontés de l'empereur, et rien de plus.

Il n'est guère contesté que, depuis le décret des 13-19 février

¹ Nous ne pourrions guère citer en sens contraire, parmi les plus récents interprètes, que M. le chanoine Allègre.

1790, les vœux solennels de religion ne forment plus un empêchement au mariage.

Une dérogation a été apportée à ce principe par le décret du 18 février 1807 : les vœux contractés pour cinq ans par les religieuses hospitalières, devant un officier de l'état civil, engendrent durant ce temps un empêchement prohibitif¹.

¹ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. III, n° 132; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. V, § 464-40; Demante, *Cours analytique*, t. I, n° 225.

CHAPITRE VI.

PARENTÉ. — ALLIANCE. — HONNÊTÉTÉ PUBLIQUE.

Avant d'étudier les empêchements basés sur la parenté, l'alliance, l'honnêteté publique, il est nécessaire de dire quelques mots sur le mode de computation des degrés.

En ligne directe, le droit canon compte, comme le droit romain et le droit civil, un degré par génération : ainsi le fils est au premier degré du père, le petit-fils au second degré de l'aïeul, etc.

En ligne collatérale, le droit romain et le droit civil remontent de l'un des parents donnés à l'auteur commun, et redescendent ensuite à l'autre parent; ils comptent un degré par génération, en omettant l'auteur commun.

Le droit canon, au contraire, remonte seulement jusqu'à cet auteur, dont il ne tient également pas compte; si les deux collatéraux sont inégalement distants de la souche, il prend pour point de départ celui qui en est le plus éloigné.

Les frères sont donc parents au premier degré en droit canon, au second degré en droit civil; l'oncle et le neveu se trouvent au second degré canonique, au troisième degré civil.

Le mode de computation adopté par l'Église est d'origine germanique¹. On le voit apparaître pour la première fois dans

¹ Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 332.

les lettres du pape saint Grégoire (590-604) ¹; c'est au XI^e siècle seulement que, grâce aux persévérants efforts d'Alexandre II (1061-1073), il fut définitivement adopté ².

Le droit canon reconnaît trois catégories de parenté : la parenté réelle, la parenté adoptive, la parenté spirituelle.

La parenté réelle — nous comprenons sous cette expression la parenté légitime aussi bien que la parenté naturelle — est le lien qui réunit toutes les personnes descendant l'une de l'autre ou d'un auteur commun.

En ligne directe, elle forma toujours obstacle au mariage *in infinitum*; quelques canonistes soutinrent, au XVI^e siècle, que cet empêchement s'étendait seulement jusqu'au quatrième degré ³, mais leur opinion ne semble pas avoir joui d'un grand succès.

L'étendue des prohibitions en ligne collatérale subit d'assez notables variations jusqu'au commencement du XIII^e siècle.

Le *Lévitique* regardait la parenté comme formant obstacle au mariage entre frère et sœur, oncle et nièce, tante et neveu ⁴.

Aux origines de l'Église, on paraît avoir simplement suivi ces principes; ils étaient d'ailleurs conformes à ceux du droit romain, sauf en ce qui concernait le mariage entre l'oncle paternel et sa nièce, autorisé par le sénatus-consulte Claudien.

Ces prohibitions assez restreintes ne tardèrent pas à être considérablement étendues : trois motifs principaux semblent avoir déterminé l'Église à en agir ainsi.

¹ L. XI, ép. LXIV; éd. Migne, t. III, col. 1189.

² *Décr. Grat.*, Pars sec., Cau. XXXV, Qu. v, c. 2.

³ Sanchez, *de Matrimonio*, L. VII, disp. LI, n^o 13; Covarruvias, *de Matrimonio*, p. II, § 6, n^{os} 12 et 13.

⁴ XVIII, 9, 12 et 13.

Elle voulait d'abord prévenir, autant que possible, les désordres qu'aurait pu causer dans les familles l'espoir de légitimer par un mariage des relations illicites¹.

L'Église désirait, en second lieu, contribuer au maintien de la paix sociale en multipliant les alliances entre familles étrangères².

On avait enfin remarqué les résultats fâcheux que présentaient, au point de vue physiologique, les mariages consanguins à la fin du ^{xr}^e siècle. Saint Grégoire observait déjà que les unions entre cousins-germains restaient généralement stériles³; au milieu du ^{ix}^e siècle, le personnage énigmatique qui prit le nom de Benoît le Lévite déclarait également que les mariages entre parents trop rapprochés donnaient souvent naissance à des aveugles, des boiteux, des bossus, des individus ayant les yeux châtieux, ou atteints d'autres infirmités⁴.

Les premières modifications au système du droit romain paraissent avoir été l'œuvre d'un synode tenu à Rome sous le pontificat d'Innocent I^{er} (402-417). Cette assemblée condamna les unions entre cousins-germains⁵.

Cette prohibition fut reproduite en 506 par le concile d'Agde⁶; mais l'Église de France ne tarda pas à regarder le mariage comme défendu jusqu'au sixième degré romain, c'est-à-dire entre cousins issus de germains : telle fut la doctrine des conciles d'Épône en 517, d'Auvergne en 535, d'Orléans en 538 et 541,

¹ Saint Thomas, *Summa theologica*, Pars tertia, Supplementum, Qu. LIV, art. III et IV.

² Saint Augustin, *De civitate Dei*, L. XV, ch. xvi, 2; éd. Migne, t. VII, col. 439.

³ L. XI, Ep. LXIV; éd. Migne, t. III, col. 1189.

⁴ *Capitularium*, L. III, 179; Pertz, *Leges*, t. II, 2^e part., p. 113.

⁵ Hardouin, *Conciliorum concilio*, t. I, col. 1036.

⁶ Hardouin, t. II, col. 1005.

de Tours en 567, d'Auxerre en 578, de Lyon en 583, de Paris en 614 ou 615, et de Reims en 625 ou 630¹.

Au milieu du VIII^e siècle, les prohibitions s'étendirent encore davantage; les conciles de Verberie en 752 et de Compiègne en 756, regardèrent la parenté au troisième degré canonique comme un empêchement dirimant, au quatrième comme un empêchement prohibitif². Le concile de Mayence, en 813, fit également de ce dernier degré un empêchement dirimant³.

Ce n'est pas encore assez : s'appuyant sur un texte mal compris du *Lévitique*⁴, l'Église allait s'efforcer de faire considérer la parenté en ligne collatérale comme formant obstacle au mariage presque *in infinitum*. Le concile de Tolède, en 531, avait déjà interdit aux fidèles d'épouser leurs parentes « usquequo affinitatis lineamenta generis successione cognoscit⁵ ». Une lettre de saint Grégoire (590-604) à Félix de Messine, reproduisit à peu près la même doctrine⁶; nous devons ajouter toutefois que l'authenticité de ce document est contestée⁷. Deux conciles tenus à Rome, en 721 et 743, défendirent également d'épouser une personne « ex propria cognatione⁸ ». Le pape Zacharie (741-752) prohiba le mariage « dum usque sese generatio cognoverit⁹ ».

¹ Hardouin, *Collectiorum concilio*, t. II, col. 1050, 1182, 1425, 1439; t. III, col. 363, 446, 455, 553, 372.

² Hardouin, t. III, col. 1990 et 2004.

³ Hardouin, t. IV, col. 1016.

⁴ « Omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedet, ut revelet turpitudinem ejus. » XVIII, 6.

⁵ Hardouin, t. II, col. 1141.

⁶ « Progeniem vero suam unumquemque usque ad septimam observare decernimus generationem. Et quamdiu se agnoscunt affinitate propinquos, ad conjugalem copulam accedere denegamus. » L. XIV, Ep. XVII; éd. Migne, t. III, col. 1326.

⁷ On le rencontre pour la première fois dans la collection de Pseudo-Isidore.

⁸ Hardouin, t. III, col. 1865 et 1928.

⁹ Ep. VIII, 22; Migne, *Patrologie latine*, t. LXXXIX, col. 936.

Telles furent encore les instructions du pape Jean VIII dans une lettre adressée en 879 à l'archevêque d'Auch¹.

Il ne semble pas toutefois que ces expressions aient dû être prises au pied de la lettre; une longue décrétale du pape Alexandre II, insérée au *Corpus*, déclare que, passé le septième degré, le droit canon ne reconnaît plus aucune parenté².

Ce fut, en effet, au septième degré que l'on vit désormais fixer la limite de l'empêchement de parenté; telle fut notamment la doctrine des conciles de Douzy en 874, de Coblenz en 922, de Bourges en 1031, de Rome en 1059 et 1063, de Rouen en 1072, de Clermont en 1075, de Londres en 1102 et 1125³.

Mais ces prohibitions si étendues paraissent avoir eu quelque peine à s'imposer à toute l'Église. Hraban Maur, archevêque de Mayence, hésitait, en 842, à séparer des parents au cinquième degré, mariés de bonne foi⁴. Le concile de Mayence, en 847, se contenta de défendre les mariages au quatrième degré⁵. Un siècle plus tard, en 937 ou 939, le pape Léon VII, dans son Épître *ad Gallos et Germanos*, se croyait encore obligé de prononcer l'excommunication contre ceux qui contracteraient mariage avec leurs parentes au troisième ou au quatrième degré⁶.

Le quatrième concile de Latran reconnut, en 1215, que cet empêchement s'était beaucoup trop étendu : il le réduisit au quatrième degré⁷. La législation canonique n'a pas varié depuis.

¹ Ep. CCXXVII; Migne, *Patrologie latine*, t. CXXVI, col. 844.

² *Decr. Grat.*, Pars sec., Cau. XXXV, Qu. v, c. 2.

³ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. VI, 1^{re} part., col. 146, 560, 851, 1063, 1140, 1190; 2^e part., col. 1737, 1865 et 1127.

⁴ *Ep. ad Humbertum*; éd. Migne, t. IV, col. 1087. Cf. du même *Tractatus de consanguineorum nuptiis*, même vol.

⁵ Hardouin, t. V, col. 14.

⁶ Migne, *Patrologie latine*, t. CXXIII, col. 1088.

⁷ Hardouin, t. VII, col. 55.

Saint Thomas justifie ainsi cette innovation : « Satis enim convenienter

Les théologiens hétérodoxes ne manquèrent pas, lors de la Réforme, de la critiquer vivement. Au ^{xiv}^e siècle déjà, Wiclef avait soutenu qu'il était permis d'épouser sa sœur¹; sans montrer une aussi grande hardiesse, Luther ne reconnut cependant que les empêchements énoncés au chapitre XVIII du *Lévitique*; par contre, il les regardait comme étant de droit divin². Mélanchthon reconnut à l'Église le pouvoir de les étendre, à condition toutefois qu'elle n'obligeât pas alors sous peine de péché³. Théodore de Bèze admit toutes les prohibitions formellement ou implicitement contenues dans le *Lévitique*; les défenses plus étendues portées par les lois civiles ne pouvaient former, suivant lui, que des empêchements prohibitifs⁴.

Le pouvoir civil ne songeait pas alors à restreindre l'empêchement de parenté, bien au contraire; les ambassadeurs de France au concile de Trente reçurent mission d'insister pour qu'on n'accordât plus de dispenses qu'aux rois et aux princes souverains⁵.

« usque ad quartum gradum dicta prohibitio est restricta. Tum quia usque
« ad quartam generationem homines vivere consueverunt, ut sic non possit
« consanguinitatis memoria aboleri : unde Deus in tertiam et quartam generationem peccata parentum se visitaturum in filiis comminatur. Tum
« quia in qualibet generatione, nova mixtio sanguinis (cujus identitas consanguinitatem facit) fit cum sanguine alieno; et quantum miscetur alteri,
« tantum receditur a primo : Et quia elementa sunt quatuor, quorum quodlibet tanto facilius est miscibile, quanto est magis subtile, ideo in prima
« commixtione evanescit sanguinis identitas (quantum ad primum elementum, quod est subtilissimum; in secunda, quantum ad secundum; in tertia,
« quantum ad tertium; in quarta, quantum ad quartum. Et sic convenienter
« post quartam generationem potest reiterari carnalis conjunctio. » *Summa theologia*, Pars tertia, Supplementum, Qu. LIV, art. iv.

¹ *Trialog.*, L. IV, c. 20.

² *Lib. de captivitate Babylonica*, cap. de *Matrimonio*.

³ *Loci communes*, tit. de *Conjugio*.

⁴ *Lib. de repudiis et divortiis*.

⁵ Fra Paolo Sarpi, *Hist. du concile de Trente*, L. VII.

On agita cependant au concile la question de savoir s'il ne fallait pas se montrer moins sévère. Un projet de décret, autorisant le mariage entre parents au quatrième degré fut soumis aux théologiens le 7 août 1564¹; après une assez longue discussion, on convint de laisser les choses sur leur ancien pied².

Durant les guerres de religion, un certain nombre de protestants avaient épousé leurs parentes au quatrième et même au troisième degré; l'édit de mai 1576 consacra pour le passé la validité de ces mariages³. En 1598, l'Édit de Nantes autorisa ceux qui auraient contracté des alliances au second degré à se retirer devers le roi, pour qu'il leur fût « baillé telles provisions « qui leurs seroient nécessaires, afin qu'ils n'en fussent recher- « chez ni molestez. » Il leur était permis, à l'avenir, d'épouser leurs parentes au troisième degré⁴.

Le décret du 20 septembre 1792 défendit seulement le mariage entre frères et sœurs.

Le projet primitif du Code civil reproduisait simplement la même disposition. M. Emmercy demanda que la prohibition fût étendue au mariage de la tante et du neveu. « La tante sup- « pléant en quelque sorte la mère, il est difficile — fit-il observer « — de concilier le respect que le neveu doit à la tante avec « le respect que la tante devrait au neveu s'il devenait son « mari⁵. »

Le Conseil d'État se rendit à ces observations; il généralisa même le principe, et interdit également le mariage de l'oncle et de la nièce : telle est aujourd'hui la disposition de l'article 163.

¹ Le Plat, *Monumentorum ad historiam concilii Tridentini amplissima collectio*, t. VI, p. 174.

² Fra Paolo Sarpi, *Hist. du concile de Trente*, L. VIII.

³ Art. 10, Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIV, p. 283.

⁴ Art. 40; Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XV, p. 206.

⁵ Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 332.

Faut-il l'étendre aux grands-oncles ?

Un avis du Conseil d'État, du 23 avril 1808, déclara que le Code prohibait seulement les mariages entre oncle et nièce, tante et neveu ; mais cet avis, n'ayant pas été approuvé par l'empereur, ne jouit d'aucune force obligatoire.

Le 7 mai suivant, Napoléon rendit une « décision » ainsi conçue : « Le mariage entre un grand-oncle et sa petite-nièce ne « peut avoir lieu qu'en conséquence des dispenses accordées « conformément à ce qui est prescrit par l'article 164. » Il importe de faire observer que ce document, n'ayant pas été publié sous la forme d'un décret, ne se trouvant même revêtu d'aucune signature, ne jouit pas d'une autorité plus grande que l'avis du Conseil d'État. Cependant, une circulaire du ministre de la justice, en date du 28 avril 1832, déclara que des dispenses étaient nécessaires pour le mariage du grand-oncle et de la petite-nièce comme pour celui de l'oncle et de la nièce.

La question se présenta pour la première fois devant les tribunaux en 1872 ; la cour de Nîmes décida, le 13 août, qu'un tel mariage était valable, bien qu'il eût été contracté sans dispenses (S. 72.2.145).

En 1876, la cour de Caen admit la solution contraire (16 août ; S. 78.2.170) ; sa décision fut confirmée le 28 novembre 1877 par un arrêt de la chambre des requêtes : « Attendu que les expressions employées par l'article 163 sont génériques, et dès « lors s'appliquent au grand-oncle et à la petite-nièce, que la « prohibition dérive surtout du caractère de la parenté, qui, en « quelque sorte, assimile l'oncle envers la nièce, au père envers « la fille ; que la même raison, au moins, existe pour le grand- « oncle et la petite-nièce ; que la prohibition était consacrée par le « droit romain, ainsi que par l'ancien droit, et que rien ne révèle que le Code civil ait voulu rompre avec ces traditions juridiques » (S. 78.1.337).

Bien qu'admise par la grande majorité des auteurs, cette solution nous paraît peu juridique.

Il ne s'agit pas de savoir s'il eût ou non été logique d'étendre au grand-oncle la prohibition formulée par l'article 163 pour l'oncle; la seule question à se poser est celle-ci : le législateur a-t-il voulu cette extension? L'historique de l'article ne permet pas de répondre affirmativement.

Le droit romain et l'ancien droit ne peuvent être invoqués dans cette discussion. Le décret de 1792, qui servit de point de départ aux rédacteurs du Code, avait virtuellement abrogé toute la législation antérieure. Ce décret interdisait seulement les mariages entre frères et sœurs; le Conseil d'État étendit la prohibition aux unions entre oncle et nièce, tante et neveu, mais rien n'indique qu'il ait entendu aller plus loin, et les principes généraux du droit commandent d'interpréter restrictivement toute disposition créant une incapacité¹.

Le droit canon met sur le même rang la parenté légitime et la parenté naturelle : notre ancien droit agissait de même. Le décret du 20 septembre 1792 ne s'écarta pas de la tradition.

Le Code prohibe le mariage entre parents naturels en ligne directe, *in infinitum*; en ligne collatérale, au degré seulement de frère et sœur; rien ne s'oppose à l'union d'un enfant naturel avec le frère ou la sœur de son père ou de sa mère.

La cour de Lyon avait demandé, lors de la préparation du Code, « que la prohibition fût limitée aux enfants naturels légalement reconnus, afin de prévenir les recherches souvent « calomnieuses et toujours scandaleuses que la haine ou l'avi-

¹ Dalloz, *Jurisprudence générale*, v^o *Mariage*, n^o 27; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. V, § 464-3^o; Laurent, *Principes du droit civil*, t. II, n^o 357.

« dité pourrait faire d'une paternité ou d'une maternité ignorée
« ou supposée¹. »

Les expressions *légalement reconnus* ne figurant pas dans les articles 161 et 162, un certain nombre d'auteurs en tirent cette conséquence que la parenté naturelle, pour faire obstacle au mariage, n'a pas besoin d'être légalement constatée.

Nous ne croyons pas que l'on puisse attribuer une aussi grande importance à la simple omission de ces deux mots. Le Code a fixé, pour la constatation de la filiation naturelle, les règles les plus sévères; il a prohibé, d'une façon presque absolue, la recherche de la paternité : il nous paraît impossible, en des matières aussi délicates, d'admettre une exception sans un texte formel².

La parenté adoptive, avons-nous besoin de le dire, est celle que produit l'adoption.

Les canonistes en reconnaissent une triple espèce :

1° En ligne directe, entre l'adoptant ou ses ascendants, d'une part, l'adopté ou ses descendants de l'autre; elle forme un empêchement dirimant *in infinitum*;

2° En ligne collatérale, entre l'adopté et les enfants de l'adoptant; l'empêchement s'évanouit si l'adopté vient à être émancipé;

3° Ils admettent, enfin, une sorte d'*affinitas legalis*, qui donne également naissance à un empêchement dirimant entre l'adoptant ou le conjoint de l'adopté, ou réciproquement entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant³.

¹ Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires*.

² Duranton, *Cours de droit français*, t. II, n° 166; Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n° 350.

³ Saint Thomas, *Summa theologica*, pars tertia, Supplementum, Qu. LVII, art. III; Sanchez, *de Matrimonio*, L. VII, disp. LXIII, n° 6 et suiv.

Nous n'insisterons pas davantage sur tous ces points, l'adoption ayant été inconnue dans notre ancien droit.

L'Assemblée législative en admit le principe par un décret du 18 janvier 1792; cette institution, toutefois, ne fut réellement organisée que par le Code.

Aux termes de l'article 348, le mariage est prohibé :

Entre l'adoptant, l'adopté ou ses descendants;

Entre les enfants adoptifs du même individu;

Entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant;

Entre l'adoptant ou l'adopté d'une part, et le conjoint de l'adopté ou de l'adoptant de l'autre.

Ces empêchements, toutefois, ne sont que prohibitifs; aucun article du Code n'ouvre d'action en nullité basée sur leur violation¹.

La plupart des canonistes définissent ainsi la parenté spirituelle : « Est propinquitas quædam personarum ex statuto Ecclesiæ consurgens propter collationem Baptismi, vel Confirmationis, vel susceptionem recipienti hæc sacramenta². »

Il est difficile de préciser l'époque à laquelle cet empêchement s'introduisit dans le droit canon. Le concile *in Trullo*, en 692, interdit le mariage entre le parrain et la mère de l'enfant³. Le premier texte qui, dans l'Église d'Occident, contient une semblable défense, est un canon du concile tenu à Rome en 721⁴. Une anecdote, racontée par l'auteur anonyme des *Gesta*

¹ *Contrà* : Merlin, *Répertoire*, v^o *Empêchement de mariage*, § 4, art. 29; Proudhon, *Tr. de l'état des personnes*, t. I, p. 403; Vazeille, *Tr. du mariage*, t. I, n^o 228; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire du Code civil*, t. I, n^o 159.

² Sanchez, *de Matrimonio*, L. VII, disp. LIV, n^o 1.

³ Hardouin, *Conciliarum collectio*, t. III, col. 1682.

⁴ Hardouin, t. III, col. 1865.

Francorum, permet de croire qu'elle était déjà connue en Gaule au milieu du VI^e siècle ¹.

Le pape Zacharie, qui occupa le trône pontifical de 741 à 752, regardait le mariage qu'un individu aurait contracté avec sa commère ou sa filleule comme un des plus grands crimes qu'il eût pu commettre : « In tantum enim grave est peccatum — dit-il — ut nullus sanctorum Patrum, neque sanctarum « synodorum assertione, vel etiam in imperialibus legibus quis- « piam judicatus sit, sed terribile Judicium Dei metuentes, « siluerunt sententiam dare ². »

A la même époque, pourtant, cet empêchement était encore inconnu en Allemagne; saint Boniface, archevêque de Mayence, déclare, en 736, en ignorer absolument l'existence ³.

Les conciles et les papes reconnaissent généralement⁴, à partir du VIII^e siècle, trois espèces de parenté spirituelle :

1° *Paternitas*, entre le baptisé d'une part, le baptisant ou le parrain de l'autre;

2° *Compaternitas*, entre les parents d'une part, et le baptisant ou les parrains et marraines de l'autre ⁴.

On se demanda pendant un moment si les enfants de deux *compères* pouvaient contracter mariage. Le pape Urbain II (1088-1099) se prononça pour l'affirmative⁵; plus tard, Pascal

¹ *Gesta rerum francicarum*, XXV, ap. *Scriptores rerum gallicarum et francicarum*, t. II, p. 561.

² Ep. VIII, 22; Migne, *Patrologie latine*, t. LXXXIX, col. 937.

³ Ep. XXXIX; Migne, t. LXXXIX, col. 738.

⁴ Conc. de Rome, 743 (Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. III, col. 1928); Conc. de Metz, 753 (t. III, col. 1992); *Responsa Stephani papæ II*, 754 (Migne, *Patrologie latine*, t. LXXXIX, col. 1025); Conc. de Mayence, 813 (Hardouin, t. IV, col. 1016); Nicolas I, *ad consulta Bulgarorum* (Migne, t. CXIX, col. 979); Conc. de Tribur, 895 (Hardouin, t. VI, 1^{re} part., col. 454); Léon VII, *Ep. ad Gallos et Germanos*, 937 ou 939 (Migne, t. CXXXII, col. 1086).

⁵ Ep. CCLXX, *ad Vitalem presbyterum Brixiensem*, Migne, t. CLI, col. 529.

II (1099-1118), adopta une solution contraire; les enfants nés avant le baptême, gardaient toujours, bien entendu, leur complète liberté¹. Alexandre III (1159-1181), revint à la première opinion; il décida toutefois qu'il faudrait respecter les usages contraires qui pourraient exister dans certaines Églises².

On discuta également pendant longtemps sur la question de savoir si la *compaternitas* se communiquait d'un conjoint à l'autre : si l'on pouvait épouser la veuve de son compère ou la commère de sa femme prédécédée. Les papes Innocent (402-417)³, Nicolas I^{er} (858-867)⁴ et Clément III (1187-1191)⁵, déclarèrent qu'un tel mariage était défendu; la solution contraire, admise déjà par le concile de Tribur (893)⁶, et le pape Pascal II (1099-1118)⁷, fut définitivement consacrée par le concile de Trente⁸.

3° Enfin, *Fraternitas*, entre le baptisé d'une part, et les enfants du baptisant ou des parrains et marraines de l'autre⁹.

La confirmation produisait, à ces divers points de vue, les mêmes effets que le baptême; les textes s'occupent toutefois beaucoup moins de cette dernière catégorie d'empêchements; il en est fait mention pour la première fois, en 754, dans les *Réponses* du pape Étienne II¹⁰.

Il fut sérieusement question, au concile de Trente, de supprimer complètement l'empêchement de parenté spirituelle. On

¹ *Décr. Grat.*, Pars. sec., Cau. XXX, Qu. III, c. 5.

² *Décrét. Greg. IX*, L. IV, t. XI, c. 1 et 3.

³ *Décr. Grat.*, Pars sec., Cau. XXX, Qu. IV, c. 3.

⁴ Migne, *Patrologie latine*, t. CXIX, col. 1128.

⁵ *Décrét. Greg. IX*, L. IV, t. XI, c. 4.

⁶ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. VI, 1^{re} part., col. 454.

⁷ *Décr. Grat.*, Pars sec., Cau. XXX, Qu. IV, c. 5.

⁸ Sessio XXIV, Decretum de Reformatione, c. XI; Hardouin, t. X, col. 150.

⁹ Zacharias, Ep. XX (Migne, t. LXXIX, col. 957); Nicolas I^{er}, *ad consulta Bulgarorum* (Migne, t. CXIX, col. 979).

¹⁰ Migne, t. LXXXIX, col. 1025.

faisait observer que, dans certains endroits, on prenait quelquefois vingt ou trente parrains et autant de marraines; que souvent ceux-ci ne se connaissaient pas l'un l'autre, et qu'il s'en suivait parfois un assez grand nombre de mariages nuls. Dans les siècles passés, ajoutait-on, le parrain contractait l'obligation d'instruire son filleul dans la religion; il devait donc s'entretenir souvent soit avec lui, soit avec ses père et mère, soit même avec les autres parrains : de là naissait entre eux une certaine liaison qui, pour la bienséance, devait faire obstacle au mariage comme la parenté proprement dite. Mais aujourd'hui, alors que le parrain ne voyait même quelquefois jamais son filleul, cet empêchement n'avait plus aucune raison d'exister¹.

Ces considérations firent impression sur le concile, elles le déterminèrent, sinon à supprimer, du moins à réduire notablement la parenté spirituelle. Il décida que le *paternitas* et la *compaternitas* ne se communiqueraient plus d'un conjoint à l'autre, et supprima complètement la *fraternitas*².

Au xvii^e siècle, l'empêchement de parenté spirituelle était reconnue par la jurisprudence civile; un arrêt du Parlement de Paris, en date du 11 décembre 1664, jugea qu'il y avait abus dans la célébration d'un mariage entre parrain et filleule, même avec une dispense du pape³.

Le 30 décembre 1700, l'avocat général Portail déclara incidemment « que la cour de Rome avait voulu dans les derniers « siècles admettre cette affinité pour avoir occasion d'en accor- « der des dispenses bursales, mais que nous n'avions point reçu

¹ Fra Paolo Sarpi, *Hist. du concile de Trente*, L. VIII; Pallavicini, *Hist. du concile de Trente*, L. XXIII, ch. ix; éd. Migne, t. III, col. 578.

² Sessio XXIV, Decretum de reformatione, cap. 11; Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. X, col. 150.

³ *Journal des audiences*, t. II, p. 766; voir encore Despeisses, *des Contrats*, 1^{er} part., sect. I, n^o 15.

« parmi nous pour empêchement dirimant le défaut de telles dispenses¹. »

Tous les jurisconsultes du ^{xviii}e siècle, sauf Bourjon², rangent cependant la parenté spirituelle au nombre des empêchements dirimants³. Ajoutons que, dès la fin du ^{xvii}e siècle, on donnait la confirmation dans un grand nombre de diocèses, sans assistance de parrains ni de marraines⁴.

Le décret du 20 septembre 1792 supprima implicitement cet empêchement dans l'ordre civil; le Code ne le rétablit pas.

L'alliance est aujourd'hui le lien qui se forme, par suite du mariage, entre un des conjoints et les parents de l'autre.

Dans le droit canon, au contraire, l'affinité résulte non du mariage, mais du simple rapprochement des sexes. Saint Thomas la définit « propinquitas personarum ex carnali copula » proveniens, omni carens parentela⁵. » Si les rapports se sont produits hors mariage l'affinité prend le nom d'affinité illicite.

Saint Thomas donne également de l'honnêteté publique la définition suivante : « Est propinquitas ex sponsalibus proveniens, robur trahens ab Ecclesiæ institutione, propter honestatem ejus⁶. » Ajoutons tout de suite que le mariage non consommé produit le même empêchement⁷.

Il ne semble pas que dans le très ancien droit canon, les

¹ *Journal des audiences*, t. V, p. 1087.

² *Droit commun de la France*, tit. III, ch. II, ci.

³ Pothier, *Tr. du contrat de mariage*, nos 173 et suiv.; d'Héricourt, *Les lois ecclésiastiques de France*, 3^e part., ch. V, art. 14, nos 28 et suiv.; Guy du Rousseaud de la Combe, *Jurisprudence canonique*, v^o Affinité, sect. II; Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v^o Affinité; Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, v^o Affinité.

⁴ *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. II, p. 290.

⁵ *Summa theologica*, Pars tertia, Supplementum, Qu. LV, art. III.

⁶ *Summa theologica*, Pars tertia, Supplementum, Qu. LV, art. IV.

⁷ Sanchez, *de Matrimonio*, L. VII, disp. LXX, n^o 1.

empêchements d'alliance et d'honnêteté publique aient été distingués l'un de l'autre. Le mariage se trouvait alors parfait par le seul consentement; il devait être quelquefois peu facile de le distinguer des simples fiançailles. On trouve dans le *Corpus* plus d'un texte où les termes *sponsus* et *conjux* sont pris indifféremment¹.

Mais au XII^e siècle, la théorie canonique de la formation du mariage subit une sorte de crise. Quelques auteurs, au premier rang desquels il faut placer Gratien, cherchèrent à faire prévaloir la maxime : « *Conjugium sponsali conventionione initiatur, commistione perficitur*². » Les papes qui occupèrent à la fin du siècle la chaire de saint Pierre mirent absolument hors de doute ce principe : que le seul consentement suffisait à la perfection du mariage³. Toutefois, la théorie de Gratien ne semble pas avoir été sans influence sur le développement de cette institution; nous serions assez tenté de voir en elle l'origine de la distinction qui sépara désormais les empêchements d'alliance et d'honnêteté publique.

Dans l'Ancien Testament, l'alliance faisait obstacle au mariage indéfiniment dans la ligne directe; en ligne collatérale, elle ne permettait pas d'épouser son beau-frère ou sa belle-sœur, le mari de sa tante ou la femme de son oncle⁴.

Le droit romain classique ne prohiba le mariage qu'entre alliés en ligne directe.

Le droit canon maintint toujours cette même défense⁵, sans préjudice de celle qu'il établit en ligne collatérale.

¹ Voir notamment *Décr. Grat.*, Pars sec., Cau. XXVII, Qu. 1, c. 4.

² *Décr. Grat.*, Pars sec., Cau. XXVII, Qu. II, c. 37. — Cf. Pierre Lombard, *Sententiarum libri IV*, L. IV, dist. xxvii, 6 (Migne, *Patrologie latine*, t. CXCII, col. 911); Albert Le Grand, *Sententiarum libri quatuor*, L. IV, dist. xxvii (éd. de Lyon, 1651, t. XVI, pp. 591 et 592).

³ *Décrét. Grég.* IX, L. IV, t. 1, c. 14, 23 et 25; t. IV, c. 5.

⁴ *Lévitique*, XVIII.

⁵ Conc. d'Elvire, 305 ou 306 (Harduoin, *Conciliorum collectio*, t. I. col.

Les conciles d'Elvire (305 ou 306) et de Néocésarée (entre 314 et 325) interdirent le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs¹. La prohibition fut étendue aux oncles et tantes par alliance par les conciles d'Agde en 506, d'Épône en 517, d'Auvergne en 535, d'Orléans en 538 et 541, de Paris en 567 et d'Auxerre en 578². Un capitulaire de Childebert II, daté de 596, reproduisit ces mêmes défenses³.

L'empêchement résultant de l'alliance s'étendit, dès le commencement du VII^e siècle, dans la même mesure que l'empêchement de parenté. Le cinquième concile de Paris, en 614 ou 615, défendit d'épouser la veuve de son cousin issu de germain⁴; le concile de Compiègne, en 736, regarda l'alliance au quatrième degré canonique comme formant un empêchement prohibitif, au troisième degré un empêchement dirimant⁵; le concile de Chalon-sur-Saône enfin, en 813, déclara qu'il fallait observer la même règle pour l'alliance que pour la parenté : « Quia ergo » constat eos duos esse in carne una, dit-il, communis illis » utrumque parentela esse credenda est, sicut scriptum est : » *Erunt duo in carne una*⁶. »

Déjà posé en 743 par un concile de Rome, ce principe fut reproduit en 853 par un autre concile également tenu à Rome, en

237); Agde, 506 (t. II, col. 1005); Epone, 517 (t. II, col. 1050); 2^e Orléans, 533 (t. II, col. 1175); 3^e Orléans, 538 (t. II, col. 1425); 4^e Orléans, 541 (t. II, col. 1439); 3^e Paris, 557 (t. III, col. 338); Auxerre, vers 578 (t. III, col. 446); Leptine, 743 (t. III, col. 1923); Rome, 743 (t. III, col. 1928); 6^e d'Arles, 813 (t. IV, col. 1004); Mayence, 813 (t. IV, col. 1017); Rome, 853 (t. V, col. 69).

¹ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. I, col. 256 et 281.

² Hardouin, t. II, col. 1005, 1050, 1182, 1425, 1439; t. III, col. 338.

³ Pertz, *Leges*, t. I, p. 9.

⁴ Hardouin, t. III, col. 553.

⁵ Hardouin, t. III, col. 2004.

⁶ Hardouin, t. IV, col. 1036.

868 par le concile de Worms, en 1031 par le concile de Bourges, en 1154 par un concile de Londres¹.

Ces prohibitions étaient d'autant plus sévères qu'on reconnaissait, au XII^e siècle, trois genres d'alliance; un exemple les fera mieux connaître qu'une définition :

Soit deux frères, Pierre et Paul; ce dernier épouse Marie : Pierre est l'allié de Marie (premier genre).

Après la mort de Paul, Marie épouse Jacques : Pierre est l'allié de Jacques (deuxième genre).

Après la mort de Marie, Jacques épouse Jeanne : Pierre est encore l'allié de Jeanne (troisième genre).

Le concile de Latran supprima complètement, en 1215, les deux derniers genres d'affinité; il réduisit le premier, de même que l'empêchement de parenté, au quatrième degré³.

Le décret du 20 septembre 1792 reconnut l'alliance comme formant un empêchement au mariage en ligne directe. Il fut muet sur l'alliance en ligne collatérale : on pouvait donc épouser même sa belle-sœur.

On ne voit pas cependant que la législation canonique sur ce point eût soulevé, au XVIII^e siècle, de sérieuses réclamations; on trouve seulement, en 1789, dans le cahier de la paroisse de Francoville-la-Garenne, une demande tendant à la diminution des frais pour l'obtention des dispenses⁴.

Sous le Directoire, quelques esprits trouvèrent que la loi se montrait encore trop sévère; le 25 décembre 1796, le conseil des Cinq-Cents fut saisi de la pétition d'un homme qui, veuf de deux sœurs, demandait à pouvoir épouser leur mère⁵.

¹ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. III, col. 1928; t. IV, col. 69; t. V, col. 742; t. VI, 1^{re} part., col. 854; 2^e part., col. 1127.

² Bandinus, *Sententiarum libri quatuor*, L. V, dist. xxiii; Migne, *Patrologie latine*, t. CXCII, col. 1109.

³ Hardouin, t. VII, col. 55.

⁴ *Archives parlementaires*, t. IV, p. 568.

⁵ *Moniteur* du 7 nivôse an V. — Le Conseil passa à l'ordre du jour.

L'innovation du décret de 1792 ne fut pas heureuse; la possibilité d'épouser son beau-frère ou sa belle-sœur donna naissance à un grand nombre de demandes en divorce. Le ministre de la Justice était contraint d'avouer, en 1801, que la nouvelle « loi portait le trouble dans les familles¹. »

Tous les tribunaux demandèrent, lors de la préparation du Code que le mariage fût prohibé entre beaux-frères et belles-sœurs. Vivement appuyé par Cambacérès et Tronchet, ce désir fut accueilli par le Conseil d'État²; il décida même qu'il ne pourrait être accordé de dispenses. Ce point a été modifié par une loi du 16 avril 1832.

Quelques auteurs assimilent à l'alliance proprement dite une sorte d'affinité qui résulterait d'un mariage depuis annulé³. Nous ne croyons pas pouvoir admettre ce système. Le mariage, déclaré nul ne produit aucun effet : cela résulte et des principes généraux sur la nullité, et du texte même de l'article 201. La bonne foi des conjoints ou de l'un d'eux peut seulement faire maintenir les effets civils qu'il a produits antérieurement à son annulation.

On possède assez peu de renseignements sur l'empêchement produit par l'affinité illicite.

Le concile d'Ancyre, en 314, déclara qu'on ne pouvait épouser la sœur d'une femme avec laquelle on avait entretenu des relations coupables⁴. Une lettre de saint Grégoire met l'affinité illicite sur le même rang que l'affinité légitime, et la considère comme formant obstacle au mariage jusqu'au septième degré⁵. L'authenticité de ce texte est, nous l'avons déjà fait observer

¹ Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 335.

² Locré, t. IV, p. 336.

³ Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. V, § 462, texte et note 12.

Duranton et Demolombe admettent cette manière de voir, mais pour le cas seulement où le mariage aurait été déclaré putatif.

⁴ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. I, col. 279.

⁵ L. XIV, Ep. XVII; éd. Migne, t. III, col. 1326.

très douteuse ; mais comme le passage auquel nous faisons allusion se trouve inséré dans le *Décret* d'Yves de Chartres¹, il représente toujours l'état de la discipline ecclésiastique au commencement du XII^e siècle.

Le concile de Latran, en 1215, réduisit cet empêchement au quatrième degré². Il fut question, lors du concile de Trente, de le supprimer complètement³; on se contenta de le réduire au second degré⁴.

Nous n'avons pu relever, dans les anciens recueils de jurisprudence aucun arrêt relatif à l'affinité illicite.

Un assez grand nombre d'auteurs soutiennent qu'elle forme encore aujourd'hui un empêchement au mariage dans la même mesure que l'affinité légitime. Le Code n'ayant nulle part défini l'alliance, il est probable, disent-ils, qu'il n'a pas voulu répudier sur ce point l'ancien droit.

Le législateur n'avait pas besoin, croyons-nous, de définir un terme suffisamment clair par lui-même. Lorsque nos anciens auteurs parlaient de l'alliance résultant d'un commerce illégitime, ils la désignaient toujours sous le nom d'affinité illicite; le Code n'ayant pas reproduit ce qualificatif, il nous paraît évident qu'il n'a pas voulu ressusciter cet empêchement⁵.

Nous avons défini plus haut l'empêchement d'honnêteté publique; il résulte des fiançailles ou du mariage non consommé.

A l'origine, les fiançailles nulles n'y donnaient pas naissance. Alexandre III (1159-1181) rendit, sur un point spécial, une décision contraire à ce principe : il déclara qu'on ne pouvait épou-

¹ P. IX, c. 26; Migne, *Patrologie latine*, t. CLXI, col. 662.

² Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. VII, col. 55.

³ Fra Paolo Sarpi, *Hist. du concile de Trente*. L. VIII.

⁴ Sessio XXIV, Decr. de reformatione, c. IV; Hardouin, t. X, col. 151.

⁵ Merlin, *Répertoire*, v^o *Empêchement du mariage*, § 4, art. 3; Vazeille, *Traité du mariage*, t. I, n^o 108; Duranton, *Cours de droit français*, t. II, n^{os} 157 et 158; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. III, n^o 112; Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n^o 351.

ser la fiancée de son frère, bien que les fiançailles fussent nulles pour parenté à un degré prohibé¹.

Il ne semble pas toutefois que l'on ait immédiatement généralisé cette décision; saint Thomas reconnaissait encore, un siècle plus tard, que les fiançailles devaient être valides pour produire cet empêchement². Mais Boniface VIII fit triompher le principe contraire; il décida que l'empêchement d'honnêteté publique résulterait toujours des fiançailles « etiamsi consanguinitas, affinitatis, frigiditatis, religionis, aut alia quavis ratione sint nulla, dummodo non sint nulla ex defectu consensus³. »

En 1245, au concile de Lyon, le cardinal d'Ostie entreprit vainement de faire changer ce point de discipline⁴; cette modification ne fut réalisée que plus tard, par le concile de Trente⁵.

L'empêchement d'honnêteté publique s'étendait primitivement, comme celui d'affinité dont il ne se distinguait pas, jusqu'au septième degré. Le concile de Latran le réduisit implicitement au quatrième⁶. Le concile de Trente déclara que, dans le cas où il serait produit par les fiançailles, il ne s'étendrait plus au delà du premier degré⁷; une bulle du 1^{er} juillet 1568 déclara que le concile n'avait pas entendu restreindre l'empêchement résultant du mariage non consommé⁸ : il s'étend donc toujours jusqu'au quatrième degré.

Le décret du 20 septembre 1792 ne reconnut plus l'empêchement d'honnêteté publique comme formant obstacle au mariage dans l'ordre civil.

¹ *Décret. Grég. IX*, L. IV, t. 1, c. 4.

² *Summa theologia*, Pars tertia, Supplementum, Qu. LV, art. iv.

³ *Décret. Bonif. VIII*, L. IV, t. I, c. unic.

⁴ *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. II, p. 323.

⁵ Sessio XXIV, Decr. de reformatione c. III; Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. X, col. 451.

⁶ Hardouin, t. VII, col. 55.

⁷ Hardouin, t. X, col. 451.

⁸ *Bullarium romanum*, t. VII, p. 678.

CHAPITRE VII.

DIFFÉRENCE DE CULTE.

L'Église se montra, dès ses origines, hostile aux mariages entre chrétiens et infidèles.

D'éminentes autorités ont cru que saint Paul lui-même les avait condamnés¹; nous devons dire toutefois que cette opinion ne réunit pas l'unanimité des suffrages². A la fin du ^x^e siècle, Tertullien les blâme vivement, tout en en reconnaissant la validité³; telle est encore au ^{iv}^e siècle, la doctrine de saint Ambroise⁴ et de saint Jérôme⁵. Au commencement du ^v^e siècle, saint Augustin proclame les unions mixtes absolument licites⁶.

Cette question, qui offrait dans le monde païen un intérêt pratique considérable, attira de bonne heure l'attention des conciles : tous condamnèrent les mariages mixtes. Le concile d'El-

¹ « Mulier alligata est legi quanto tempore vir ejus vivit. Quod si dormierit « vir ejus, liberata est : cui vult nubat; *tantum in Domino.* » — *Ep. I ad Corinth.*, VII, 39.

² *Épîtres de saint Paul*, éd. Drach, p. 167, note 39.

³ *Ad uxorem*, L. II, 5, 6, 7, 8; éd. Migne, t. I, col. 1295 et suiv.. *De corona militis*, XIII; t. II, col. 96.

⁴ *Ep. ad Vigilium*, Cl. II, ép. XIX; éd. Migne, t. I, 1^{re} part., col. 984. *Comm. in Epist. ad Corinth. primam*, VII, 39; t. II, 2^e part., col. 225.

⁵ *Adversus Jovinianum*, L. I, 10; éd. Migne, t. II, col. 223.

⁶ « Quæ nostris temporibus jam non putantur esse peccata. » *De Fide et operibus*, XV; éd. Migne, t. VI, col. 221.

vire, en 305 ou 306, frappa d'une pénitence de cinq ans les parents qui donneraient leur fille à un hérétique ou à un juif¹; les conciles de Laodicée entre (343 et 381), et de Carthage en 397, défendirent également ces unions, mais sans spécifier aucune peine contre les coupables². Dans les Gaules, sans parler d'un concile tenu à Arles sous l'épiscopat de saint Marin, on voit encore les conciles d'Agde en 506, d'Orléans en 533, d'Auvergne en 535, d'Orléans en 538, se préoccuper de la même question. Ces trois dernières assemblées condamnèrent uniquement les mariages avec les juifs; elles prononcèrent contre ceux qui enfreindraient leur défense la peine de l'excommunication, mais on ne voit nulle part qu'elles eussent considéré le mariage comme nul³. La différence de culte continuait donc à ne former qu'un empêchement prohibitif.

Le synode *in Trullo*, tenu à Constantinople en 692, changea pour l'Église d'Orient ce point de discipline; il décida que l'empêchement serait désormais dirimant⁴. Mais ces canons ne furent pas reçus dans l'Église Latine, et la situation resta la même en Occident, jusque vers le xii^e siècle.

A cette époque, les *Sentences* d'Hugues de Saint-Victor⁵ et de Pierre Lombard⁶ déclarent nul le mariage contracté avec un gentil ou un juif. Ce changement s'introduisit insensiblement, par la coutume, mais tous les canonistes se reconnaissent inca-

¹ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. I, col. 252.

² Hardouin, t. I, col. 783 et 962.

³ Hardouin, t. I, col. 265; t. II, col. 1005, 1176, 1181 et 1426. Cf. encore un concile de Tolède de 633; t. III, col. 591.

⁴ Hardouin, t. III, col. 1687.

⁵ *Summa sententiarum*, tr. VII, c. viii; Migne, *Patrologie latine*, t. CLXXVI, col. 160.

⁶ *Sententiarum libri quatuor*, L. IV, dist. xxxix, 4; Migne, t. CXCII, col. 934.

pables de fixer le moment précis auquel cette coutume acquit force de loi¹.

Cette innovation, il importe de le noter, s'appliquait seulement au mariage contracté avec un *infidèle*, c'est-à-dire un individu non baptisé. Le mariage avec un chrétien non orthodoxe, hérétique ou schismatique, reste toujours prohibé, mais la violation de cette défense n'entraîne pas nullité².

Le pouvoir civil, au *xvii*^e siècle, se montra plus difficile en cette matière que l'Église elle-même. Un édit du mois de novembre 1680, enregistré le 2 décembre suivant, fit défense aux catholiques de contracter mariage avec ceux de la R. P. R. déclarant « tels mariages non valablement contractez, et les » « enfans qui en proviendraient illégitimes³. » La révocation de l'Édit de Nantes, et les mesures qui en furent la suite, rendirent bientôt ces dispositions inutiles⁴.

L'édit du mois de novembre 1787 les remit implicitement en vigueur. Au commencement de 1789, le procureur général près le Parlement de Rouen requit la cour d'annuler le mariage contracté par une catholique avec un calviniste; la Grand'-Chambre prescrivit une information, mais les événements politiques vinrent bientôt arrêter l'instance⁵.

A la même époque, un certain nombre de cahiers demandèrent l'abrogation de l'édit de 1680⁶.

¹ *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. III, pp. 10 et 11; *Conférences d'Angers*, t. II, p. 193.

² Sanchez, *de Matrimonio*, L. VII.

³ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIX, p. 257.

⁴ Elles pouvaient toujours s'appliquer aux étrangers. *Journal de Marais*, t. IV, p. 329.

⁵ Anquez, *De l'état civil des réformés de France*, p. 260.

⁶ Demandent que la différence de religion ne puisse plus être un obstacle au mariage : Tiers-État du bailliage de Montargis (*Archives parlementaires*, t. IV, p. 30); de Paris hors les murs (t. V, p. 238); de Rouen (t. V, p. 605).

La constitution du 14 septembre 1791, ne reconnaissant plus dans le mariage que le contrat civil, supprima implicitement l'empêchement de la différence de culte. Portalis, en présentant le titre *du Mariage* au Corps législatif, déclara formellement qu'on n'avait pas entendu le rétablir¹.

Demande un « règlement pour déterminer la forme des mariages mixtes » : tiers du bailliage de Troyes (t. VI, p. 81).

Demande « que les États-Généraux s'occupent de la question des mariages mixtes » : noblesse de Paris (t. V, p. 273).

¹ Loqué, *Législation civile*, t. IV, p. 497.

CHAPITRE VIII.

CRIME.

Ce fut un point discuté, aux premiers siècles de l'Église, que de savoir s'il était permis d'épouser une personne avec laquelle on avait eu des relations adultères. Saint Augustin se prononçait pour l'affirmative¹. Saint Léon (440-461) se prononça en faveur de l'opinion contraire².

Le concile de Meaux, en 845, reconnut également l'adultère comme formant un empêchement prohibitif³. Les canonistes du x^e siècle enseignèrent généralement la même doctrine⁴ admise aujourd'hui sans difficulté. Mais Abélard, au xii^e siècle, parut encore hésiter à se prononcer sur cette question⁵.

Il était admis, dès le ix^e siècle, que l'adultère constituait un empêchement dirimant lorsqu'il se trouvait accompagné de l'une ou l'autre des circonstances suivantes⁶ :

¹ *De nuptiis et concupiscentia*, I, 10; éd. Migne, t. X, col. 420.

² *Decr. Grat.*, Pars sec., Cau. XXXI, Qu. 1, c. 1.

³ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. IV, col. 1495.

⁴ Reginon, *de Disciplina ecclesiastica* (entre 906 et 915), L. II, ccxxxv; Migne, *Patrologie latine*, t. CXXII, col. 329. Burchard de Worms, *Decretum* (entre 1012 et 1022), L. IX, lxxix; Migne, t. CXL, col. 829.

⁵ *Sic et non*, CXXXI; Migne, t. CLXXVIII, col. 1563.

⁶ Voir sur ce point Bellarmin, *de Sacramento matrimonii*, XXII; *Disputationes*, t. III, pp. 834 et suiv. Sanchez, *de Matrimonio*, L. VII, disp. lxxviii et lxxix. *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. II, pp. 428 et suiv.

1° Promesse réciproque de mariage, ou mariage de fait.

Ce principe semble avoir été posé pour la première fois en 895, par le concile de Tribur¹; on le trouve confirmé, aux XII^e et XIII^e siècles par les papes Alexandre III, Célestin III et Grégoire IX².

2° Meurtre commis sur la personne du conjoint de l'époux adultère dans l'intention de pouvoir ensuite épouser ce dernier.

C'est dans un canon du concile de Meaux, tenu en 845, que l'on trouve la plus ancienne mention de cet empêchement³.

Il est encore un autre crime qui, depuis le XII^e siècle, constitue en droit canon un empêchement dirimant : lorsque, de concert avec un tiers, une personne mariée assassine son conjoint dans le but d'épouser ensuite ce tiers, un semblable mariage lui est interdit à peine de nullité⁴.

L'empêchement de crime était reconnu par la jurisprudence des tribunaux séculiers; un arrêt du Parlement de Paris, du 24 janvier 1726, déclara « nullement et abusivement contractée » l'union du sieur Jousson Duplessis et de la demoiselle d'Arost : il y avait eu adultère avec promesse réciproque de mariage⁵.

Cet empêchement fut implicitement supprimé par le décret du 20 septembre 1792. Le Code déclara seulement que, dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. Cette prohibition toutefois était dépourvue de toute sanction.

La loi du 27 juillet 1884 a reproduit la même disposition.

¹ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. VI, 1^{re} part., col. 452.

² *Décret. Grég. IX*, L. IV, t. VII, c. 1 et 8; t. XXXIII, c. 1.

³ Hardouin, t. IV, col. 1495.

⁴ Voir la note 6 à la page précédente.

⁵ *Mercure de France*, février 1726.

CHAPITRE IX.

CLANDESTINITÉ.

I.

Nous ne savons presque rien sur les formes de la célébration du mariage chez les Barbares. La loi salique voulait que le mariage des veuves fût célébré dans le *mall*¹; la vierge elle-même était parfois remise à son époux dans un *placitum*²; rien toutefois ne permet de croire que c'eût été là un usage constant³.

Lorsque le mariage constituait une véritable vente, il est bien possible que la tradition réelle de la femme ait été nécessaire à sa perfection; un certain nombre de textes qui nous parlent de *deductio in domum*⁴, donnent encore une assez grande vraisemblance à cette supposition. Mais, plus tard, lorsque la vente devint purement fictive, on peut croire que le mariage se forma par le seul consentement; l'influence de l'Église, qui,

¹ XLV, 4; Pardessus, *La loi salique*, p. 307.

² Frédégaire, *Historiæ Francorum epitomata*, XVIII; éd. Guadet et Tarranne, t. II, p. 299.

³ Glasson, *Hist. du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 13. *Contra* : Pardessus, *La loi salique*, p. 668; Beauchet, *Étude historique sur les formes de la célébration du mariage*, p. 26.

⁴ *Lex Salica*, XIV, 10.

dès le VI^e siècle, devint prédominante, en cette matière, dut contribuer grandement à faire prévaloir ce dernier principe.

Mais si l'Église admettait que le seul consentement fait le mariage, elle engagea toujours vivement les chrétiens à faire sanctifier leur union par la bénédiction ecclésiastique; Tertullien, au II^e siècle, considérait *juxta mœchiam et fornicationem* le mariage qui n'avait pas été béni par l'Église¹. Saint Ambroise, au IV^e siècle, voulait que le mariage fût sanctifié par le voile et la bénédiction²; saint Jérôme traitait d'adultères les unions clandestines³. Les cérémonies de cette bénédiction nous sont longuement décrites, au VII^e siècle, par saint Isidore de Séville⁴, au IX^e, par le pape Nicolas I^{er}; ce dernier lui-même reconnaît toutefois que le seul consentement des parties suffit à la validité de l'union conjugale⁵.

En Gaule, dès 524, le concile d'Arles prohiba les mariages clandestins : « Ne sine publicis nuptiis quisquam nubere, vel uxorem ducere præsumat⁶. » Le concile de Verberie, en 755, renouvela cette défense⁷; ses dispositions se trouvèrent reproduites la même année dans un capitulaire de Pépin⁸.

Mais ce fut surtout au IX^e siècle que le pouvoir civil s'occupa de cette question. Les unions clandestines, à cette époque, étaient devenues très fréquentes; s'il faut en croire l'évêque

¹ *Lib. de Pudicitia*, IV; éd. Migne, t. II, col. 987.

² *Comment. in Epist. ad Corinth. primam*, VII, 40; éd. Migne, t. II, 2^e part., col. 225; Cf. *Epist. ad Vigilium*, 7; L. I, xix; t. II, 1^{re} part., col. 984.

³ *Comment. in Epist. ad Ephesios*, V.

⁴ *De ecclesiasticis officiis*, L. II, ch. xx, 5 à 8; éd. Migne, t. V, col. 810 et suiv.

⁵ *Responsa ad Consulta Bulgarorum*, 3; Migne, *Patrologie latine*, t. CIX, col. 980.

⁶ *Decr. Grat.*, Pars sec., Cau. XXX, Qu. v, c. 6.

⁷ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. III, col. 997.

⁸ Pertz, *Leges*, t. I, p. 26.

d'Orléans Jonas, mort en 843, les mariages accompagnés de la bénédiction nuptiale auraient même constitué des exceptions ¹.

Dans le capitulaire adressé en 802 aux *missi dominici*, Charlemagne s'exprima en ces termes : « Ut omnes omnino episcopos
« et presbyteros suos omni honore venerentur in servitio et vo-
« luntate Dei; et ne incestis nuptiis et se ipsos et cœteros macu-
« lare audeant, conjunctiones facere non præsument antequam
« Episcopi presbyteri cum senioribus populi consanguinitatem
« conjugentium deligenter exquirant, et tunc cum benedictione
« jungantur². » Benoît le Lévite ne revient pas moins de cinq
fois, dans son *Capitularium*, sur les mariages clandestins³; il
recommande même aux veuves, qui ne pouvaient recevoir la
bénédiction nuptiale, « ne absque suorum sacerdotum consensu,
« et conhibentia plebis, ducere præsument⁴. »

Le but principal que l'on poursuivait alors en recommandant la célébration en face d'église n'était plus comme dans les premiers siècles, d'appeler les bénédictions divines sur l'acte le plus important de la vie humaine; on voulait surtout, en entourant le mariage de la plus grande publicité possible, parvenir à la connaissance des empêchements qui pourraient s'y opposer. Le concile de Fréjus, en 791, exprimait déjà cette idée en termes fort clairs : « Ut nemini liceat furtim raptimque nuptias
« contrahere : ne forte per erroris ignaviam vel certe (quod
« pejus est dicere) diabolico instigati amore, illicita connubia

¹ « Perraro sponsus et sponsa in missarum celebratione, secundum præmissum ordinem benedicantur. » *De institutione laicali*, II, 2; Migne, *Patrologie latine*, t. CVI, col. 170.

² Pertz, *Leges*, t. I, p. 93.

³ L. V, 130, 327, 408; L. VI, 179, 463; Pertz, *Leges*, t. II, 2^e part., pp. 80, 89, 96, 113, 132. Cf. Desforges, *Étude historique sur la formation du mariage*, pp. 103 et suiv.

⁴ L. V, 408; Pertz, *Leges*, t. II, 2^e part., p. 96.

« celebrentur¹. » On a tout à l'heure entendu les paroles de Charlemagne; Benoît le Lévite, quelques années après, fut peut-être plus explicite encore : « Sæpe in nuptiis clam factis
« gravia peccata, tam in sponsis aliorum, quam et in propin-
« quis sive et adulterinis conjugiiis, et quod pejus est dicere,
« consanguineis ad crescunt vel ad cumulantur... Et hoc ne dein-
« ceps fiat, omnibus cavendum est². »

En 909, le concile de Troisly reproduisit intégralement le capitulaire plus ou moins authentique que nous venons de transcrire³. Au XIII^e siècle encore, saint Thomas, pour justifier la réprobation dont l'Église enveloppait les unions clandestines, invoquait principalement ce fait, que « frequenter in talibus
« erat aliqua fraus ex altera parte⁴. »

Le principe de la publicité du mariage fut un de ceux que l'Église eût le plus de peine à faire respecter; elle y mit cependant une remarquable ténacité. Le quatrième concile de Latran, en 1215, après avoir rappelé les dispositions des anciens canons, défendit de célébrer aucun mariage sans qu'il eût été précédé de publications faites dans l'église par le curé⁵. Depuis cette époque jusqu'à la fin du XVI^e siècle, près de quarante conciles sévirent contre les unions clandestines⁶. Il ne faut pas croire

¹ Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. IV, col. 859.

² L. VI, 179; Pertz, *Leges*, t. II, 2^e part., p. 113.

³ Hardouin, t. VI, 1^{re} part., col. 526.

⁴ *Summa theologica*, Pars tertia, Supplementum, qu. XLV, art. v. — Cf. encore un concile de Rouen, de 1072; Hardouin, t. VI, 1^{re} part., col. 1190.

⁵ Hardouin, t. VII, col. 58.

⁶ Rouen, 1223 (Hardouin, t. VII, col. 128); Château-Gontier, 1231 (t. VII, col. 196); Arles, 1234 (t. VII, col. 236); Worcester, 1240 (t. VII, col. 335); Lille, 1251 (t. VII, col. 436); Saumur, 1253 (t. VII, col. 446); Arles, 1260 (t. VII, col. 512); Clermont, 1268 (t. VII, col. 601); Langeais, 1278 (t. VII, col. 760); Cologne, 1280 (t. VII, col. 849); Nîmes, 1284 (t. VII, col. 925); Bourges, 1286 (t. VII, col. 951); Excester, 1287 (t. VII, col. 1082); Chichester, 1289 (t. VII, col. 1156); Baieux, 1300 (t. VII, col. 1236); Com-

toutefois que l'on désignât uniquement sous ce nom les mariages qui n'avaient pas été bénis par un prêtre; la plupart des conciles auxquels nous venons de faire allusion qualifient également de *clandestin* le mariage qui n'avait pas été précédé de publications. Les peines les plus graves, souvent même l'excommunication, étaient prononcées tant contre les conjoints que contre le prêtre qui avait béni leur union.

Des mesures plus radicales étaient cependant nécessaires, car malgré ces rigueurs, les mariages clandestins étaient toujours fréquents. Le 24 juillet 1563, les ambassadeurs de France présentèrent au concile de Trente la requête suivante :

« Hoc etiam petit Rex Christianissimus, ut antiquissima nuptiarum solemnia hoc tempore restituantur, palamque et publice in ecclesia matrimonia celebrentur; quod si aliquando propter magnam causam aliter fieri posse videatur, non prius tamen legitima esse censeantur, quam si huic sacro mysterio prae fuerit parochus vel presbyter, tresque aut plures testes praesentes¹. »

piègne, 1304 (t. VII, col. 1275); Avignon, 1326 (t. VII, col. 1511); Senlis, 1326 (t. VII, col. 1532); Londres, 1328 (t. VII, col. 1541); Lambeth, 1330 (t. VII, col. 1553); Salamanque, 1335 (t. VII, col. 1972); Londres, 1342 (t. VII, col. 1664); Évreux, 1367 (t. VII, col. 1791); Lavaur, 1368 (t. VII, col. 1850); Narbonne, 1374 (t. VII, col. 1885); Saltzbourg, 1420 (t. VIII, col. 980); Paris, 1429 (t. VIII, col. 1049); Freysingen, 1440 (t. IX, col. 1287); Angers, 1442 (t. IX, col. 1346); Tours, 1448 (t. IX, col. 1340); Tolède, 1473 (t. IX, col. 1511); Sens, 1485 (t. IX, col. 1539); Sens, 1528 (t. IX, col. 1964); Cologne, 1536 (t. IX, col. 2011); Augsbourg, 1548 (t. IX, col. 2046); Cologne, 1549 (t. IX, col. 2108); Mayence, 1549 (t. IX, col. 2121); Narbonne, 1561 (t. X, col. 461).

Cf. encore les *Constitutiones D. Petri Burdegalensis arch.*, 1263 (Hardouin, t. VII, col. 554), et les *Statuts synodaux* des évêques de Paris, Eudes de Sully (1197-1208); Jacques du Chastellier (1427-1438); Étienne Poncher (1503-1519); Eustache du Bellay (1550-1563); Henry de Gondi (1598-1622) (*Synodicon Ecclesiae Parisiensis*, 1777, pp. 7, 39, 70, 220 et 240).

¹ Le Plat, *Monumentorum ad historiam concilii Tridentini... amplissima collectio*, t. VI, p. 166.

La discussion commença aussitôt.

Le cardinal de Lorraine présenta le jour même un projet de décret : il exigeait l'assistance au mariage du curé ainsi que de trois témoins. Ces conditions furent immédiatement rejetées comme trop rigoureuses¹.

Un second projet se contentait de la présence de deux témoins. Mais, comme si l'un d'eux venait à disparaître, la règle « *Testis unus testis nullus* » rendait sans valeur le témoignage de l'autre, on se trouva contraint de revenir au chiffre de trois témoins².

Alors surgit une nouvelle difficulté : le mariage pouvait être contracté devant trois personnes sans domicile, inconnues à l'épouse; leur départ la mettrait dans l'impossibilité de se procurer une preuve de son mariage.

Quelques théologiens proposèrent d'exiger la présence d'un notaire au nombre des trois témoins; celui-ci en dresserait un acte qui serait transcrit sur un registre auquel on pourrait toujours facilement recourir. Mais ces officiers ministériels n'inspiraient pas à l'Église une bien grande confiance; on craignit qu'ils ne se déterminassent sans beaucoup de peine à recevoir l'acte de mariage de deux personnes pour lesquelles existerait un empêchement qu'ils ignoreraient ou feindraient d'ignorer. Ce projet fut encore repoussé³.

On finit par revenir, à peu de chose près, à la proposition du cardinal de Lorraine : on exigea la présence du curé et de deux autres témoins. Mais, tandis que les ambassadeurs de France avaient demandé que le curé *présidât* au mariage, on décida qu'il y figurerait comme simple témoin.

¹ Pallavicini, *Hist. du concile de Trente*, L. XXII, ch. iv; éd. Migne, t. III, col. 417.

³ Pallavicini, L. XXII, ch. viii; t. III, col. 461.

² *Ibid.*, col. 462.

Toutes les difficultés cependant n'étaient pas encore aplanies; à la mi-septembre, plus de soixante évêques s'opposaient encore au décret. On n'osa passer outre, de crainte qu'ils ne soulevassent la question de savoir si l'on pouvait en appeler du concile au pape. C'eût été là une complication qu'on voulait éviter à tout prix : la session fut donc retardée¹.

Enfin, après de longues négociations, le décret fut promulgué le 11 novembre 1564; en voici le dispositif :

« Sancta Synodus... sacri Lateranensis concilii, sub Innocen-
 « tio III celebrati, vestigiis inhærendo, præcipit ut in posterum
 « antequam matrimonium contrahatur, ter a proprio contra-
 « hentium paracho tribus continuis diebus festivis in ecclesia
 « inter missarum solemnias publice denuntietur, inter quos ma-
 « trimonium sit contrahendum. Quibus denuntiationibus factis,
 « si nullum legitimum opponatur impedimentum, ad celebra-
 « tionem matrimonii in facie ecclesiæ procedatur. »

« Ubi parochus viro et muliere interrogatis, et eorum mutuo
 « consensu intellecto, vel dicat : Ego vos in matrimonium con-
 « jungo in nomine Patris, et Fili, et Spiritus Sancti : vel aliis
 « utatur verbis, juxta receptum uniuscujusque provinciæ ri-
 « tum... Qui aliter quam præsentè paracho, vel alio sacerdote,
 « de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus
 « testibus matrimonium contrahere attentabunt; eos sancta sy-
 « nodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et hujus-
 « modi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos præ-
 « senti decreto irritos facit et annulat². »

Plus de cinquante Pères répondirent encore : *non placet*³.

¹ Pallavicini, *Hist. du concile de Trente*, L. XXII, ch. ix; éd. Migne, t. III, col. 467.

² Sessio XXIV, Decr. de reformatione, cap. I; Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. X, col. 149.

³ Pallavicini, L. XXIII, ch. ix; t. III, col. 569.

Ce décret, comme toute loi quelconque, ne pouvait devenir obligatoire qu'après avoir été promulgué : le concile lui-même, du reste, prescrivait formellement l'accomplissement de cette formalité. La publication devait avoir lieu en chaire dans toutes les paroisses ; un mois après, tous les fidèles seraient obligés en conscience de s'y conformer.

En France, toutefois, le pape eut désiré davantage : il aurait voulu qu'une ordonnance royale, enregistrée dans tous les Parlements, eût reçu les décrets du concile, et prescrit au clergé d'en accomplir la publication. Dès le commencement de l'année 1565, il entama des négociations dans ce but : disons tout de suite qu'elles n'aboutirent jamais¹.

La reine mère déclara au nonce que le roi ferait exécuter les décrets du concile en « particulier ; » mais elle refusa formellement de prendre une mesure générale « parce qu'il y avoit « beaucoup de danger à les publier dans la situation où se « trouvoient les affaires. »

En 1567, une nouvelle démarche du pape n'obtint pas plus de succès.

Si le pouvoir se refusait à promulguer dans leur ensemble les canons du concile, il ne pouvait cependant méconnaître la sagesse de la disposition relative aux mariages clandestins, disposition que lui-même d'ailleurs avait sollicitée. En 1579, l'ordonnance de Blois la fit passer dans notre droit :

« Pour obvier aux abus et inconvénients qui adviennent des « mariages clandestins, disait l'article 40, avons ordonné et « ordonnons que nos subjects, de quelque estat, qualité et « condition qu'ils soient, ne pourront valablement contracter « mariage sans proclamations précédentes de bans, faicts par

¹ Voir principalement, sur cette question, *Le pouvoir civil au concile de Trente*, par A. Desjardins et *l'Histoire de la réception du concile de Trente dans les différents États catholiques*, 2 vol. in-12, Amsterdam, 1766.

« trois divers jours de festes, avec intervalle compétent, dont
 « on ne pourra obtenir dispense, sinon après la première pro-
 « clamation faicte..... Après lesquels bans seront espousez pu-
 « bliquement. Et pour pouvoir tesmoigner de la forme qui nous
 « aura esté observée esdits mariages, y assisteront quatre per-
 « sonnes dignes de foy, pour le moins, dont sera fait registre,
 « le tout sur les peines portées par les conciles¹.

Le clergé qui n'avait pas osé, en 1564, publier le décret sur la réformation du mariage, s'enhardit alors quelque peu. Des conciles provinciaux s'assemblèrent à Rouen en 1581, à Reims, à Bordeaux, à Tours en 1583, à Bourges en 1584, à Aix en 1585, à Toulouse en 1590, à Narbonne en 1609 : tous prescrivirent l'observation de l'article relatif aux mariages clandestins². En même temps, les assemblées de 1580, 1582, 1585, 1586, 1588, 1600, 1602, 1605, 1608 et 1610 insistaient vivement auprès du roi pour la publication intégrale du concile³. Henri IV, lors de sa réconciliation avec l'Église, s'était engagé à le faire publier et observer, « excepté aux choses qui ne se
 « pourroient exécuter sans troubler la sécurité du royaume, s'il
 « s'y en trouvoit de telles. » Mais les instances du clergé, pas plus que celles de Clément VIII et de Paul V ne purent jamais le décider à tenir sa promesse⁴.

L'ordonnance de Blois, que nous avons citée tout à l'heure, ne prononçait pas formellement la nullité des mariages contractés au mépris de ses dispositions. Aussi, pendant un moment, la jurisprudence montra-t-elle une certaine hésitation. « L'on a tenu au Palais, dit Montholon, avant que les arrests

¹ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XIV, p. 394.

² Hardouin, *Conciliorum collectio*, t. X, col. 1220, 1285, 1349, 1405, 1488, 1533 et 1803; t. XI, col. 22.

³ *Mémoires du Clergé*, t. I, col. 766.

⁴ Desjardins, *Le pouvoir civil au concile de Trente*, p. 126.

« ayent esté si précis, que le concile de Trente, qui déclare le
 « mariage clandestin nul, ne s'entendoit pas *pro dissolutione*
 « *matrimonii*, mais qu'il le falloit solemniser de nouveau, parce
 « que le concile frappa d'anathème ceux qui disent que le ma-
 « riage clandestin n'est pas vray mariage¹. » On revint bientôt
 à une interprétation plus saine; en 1591, le Parlement de Paris
 décida que « promesse de mariage non suivie d'espousailles
 « n'est pas valable². » En 1605, plus de douze arrêts avaient
 déjà jugé « conjonctions faites sans les solemnitez introduites
 « par l'Église et les ordonnances nullement obligatoires et va-
 « lables³. »

Mais dans les provinces où le décret du concile n'avait pas
 reçu la publication ecclésiastique, les officiaux continuaient sou-
 vent à tenir pour valable un mariage même contracté hors la
 présence du prêtre; l'ordonnance de Blois, œuvre du pouvoir
 civil, ne leur semblait pas à tous capable de modifier les condi-
 tions de validité d'un sacrement⁴. L'assemblée du clergé, en 1605,
 se plaignit au roi de cet état de choses; elle le supplia de renou-
 veler, en les précisant, les prescriptions du concile et de l'or-
 donnance⁵. L'édit du mois de décembre 1606 fit droit à ces ré-
 clamations.

« Nous voulons, dit l'article 12, que les causes concernant les
 « mariages soient et appartiennent à la connaissance et juridiction
 « des juges de l'Église, à la charge qu'ils seront tenus de garder
 « les ordonnances, et même celle de Blois, et suivant icelles,
 « déclarer les mariages qui n'auront été faits et célébrés en l'Église

¹ Arrêts de la cour prononcez en robes rouges, 1645, p. 149.

² *Ibid.*

³ Loys Servin, *Actions notables et plaidoyez*, 1629, t. II, p. 31.

⁴ Loys Servin, *Actions notables et plaidoyez*, t. I.

⁵ *Mémoires du Clergé*, t. V, p. 690.

« nuls et non valablement contractez, comme cette peine inditce
« par les conciles¹. »

Ce fut toutefois la seule concession que le clergé de France put obtenir au sujet du concile de Trente. Dix ans après, reconnaissant l'inutilité de ses efforts pour en obtenir la publication complète, il prit sur lui, le 7 juillet 1615, dans son assemblée générale, de publier solennellement le concile².

Les unions clandestines, si elles devinrent alors plus rares, ne disparurent pas encore complètement. L'ordonnance de 1629³ et la déclaration du 25 novembre 1639⁴ se crurent obligées de revenir sur la nécessité de la célébration en face d'église; pendant tout le cours du xvii^e siècle, nous allons voir les Parlements et la royauté entasser arrêts sur ordonnances pour déjouer les ruses parfois fort habiles, au moyen desquelles on essayait de tourner les dispositions de l'ordonnance de Blois. Le but ordinaire de toutes ces mesures était d'empêcher les enfants mineurs de parvenir à se marier sans le consentement de leurs parents.

Suivant la doctrine du concile de Trente, le prêtre ne remplissait, dans la formation du mariage, qu'un rôle absolument passif; il devait être présent à l'échange des consentements, rien de plus. L'Église invitait bien toujours les fidèles à recevoir de sa main la bénédiction nuptiale, mais cette bénédiction n'était pas le mariage, et ne constituait pas une condition de sa validité. La congrégation du concile avait nettement défini ce point en 1581⁵, et la plupart des canonistes reconnaissaient la validité

¹ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XV, p. 307.

² Desjardins, *Le pouvoir civil au concile de Trente*.

³ Art. 39. Isambert, t. XVI, p. 234.

⁴ Isambert, t. XVI, p. 524.

⁵ Décision du 26 juillet 1581; J. P. Zamboni, *Collectio declarationum sacræ congregationis cardinalium sacri concilii Tridentini interpretum*, v^o *Matrimonium*, XVII, 2; t. II, p. 432.

de l'union contractée « coram parocho utcumque contradicente¹. »

On vit alors se produire ceci : Lorsque, pour une raison quelconque, un curé se refusait à donner la bénédiction nuptiale et à dresser acte d'un mariage, les deux fiancés se présentaient devant lui accompagnés de deux témoins et d'un notaire. Ils échangeaient leur consentement réciproque à se prendre pour mari et femme, et le notaire dressait acte du tout.

On donnait à ces unions, parfaitement valables d'ailleurs, le nom de « mariages à la gaulmine². » Une manière de personnage, Gilbert Gaulmin, doyen des maîtres des requêtes, s'était marié de cette façon; l'incident avait fait grand bruit, et le nom du magistrat était demeuré à ce procédé.

D'assez bonne heure, le Parlement se préoccupa de cette question. Le 5 septembre 1650, un arrêt de règlement fit « dé-fense à tous notaires, à peine d'interdiction, de passer aucuns « actes par lesquels les hommes et femmes déclarent qu'ils se « prennent pour maris et femmes, sur le refus qui leur seroit « fait par les évêques, grands-vicaires ou curés de leur conférer « le sacrement du mariage³. » Le 20 décembre 1688, un nouvel arrêt de règlement renouvela les mêmes prohibitions⁴.

Ces deux arrêts toutefois ne produisirent pas grand résultat. Lorsqu'un notaire refusait de leur prêter bénévolement son concours, les parties s'adressaient au juge royal ou au prévôt, qui enjoignait au curé de célébrer le mariage ou au notaire d'en donner acte. Celui-ci alors « pour obéir à justice seulement, en

¹ Fagnan, *Jus canonicum*, sur le L. IV des *Décrétales*, t. I, ch. *Quod nobis*, n° 40. Cf. Sanchez, *de Matrimonio*, L. III, disp. xxxix, n° 9, 10 et 11.

² Au xviii^e siècle on écrit souvent *gomine*.

³ Pothier, *Tr. du contrat de mariage*, n° 331.

⁴ *Journal des audiences*, t. IV, p. 153.

« vertu et pour exécution du décret donné contre lui, » se dé-cidait à dresser l'acte réclamé¹.

Il y avait bien un moyen de remédier à cet état de choses : c'était de déclarer la bénédiction nuptiale nécessaire à peine de nullité. C'eût été là toutefois une décision fort grave, car elle était directement opposée à la doctrine ecclésiastique. Aussi, le Parlement n'osa-t-il pas d'abord aller jusque-là. En 1650, l'avocat général Bignon avait conclu à la nullité d'un mariage contracté en présence du curé et constaté par un notaire; la cour appointa les parties au conseil². En 1673, Denis Talon, dans une espèce analogue, avait donné des conclusions contraires : « Le concile, disait-il, parle de la bénédiction nuptiale comme « d'une chose que doivent recevoir ceux qui se marient, mais « il ne dit pas que le mariage soit nul quand on ne la reçoit « pas³. » L'année suivante, son opinion s'était complètement modifiée : « Quoiqu'il ne soit pas décidé, dit-il, que le prestre « soit plus que témoin, néanmoins il seroit très dangereux « dans le public d'admettre que la présence d'un prestre pas- « sant dans une rue devant que les parties prononceroient leur « consentement soit suffisante, et qu'un notaire reçut ce con- « sentement. » Il conclut en conséquence à ce que le mariage fût déclaré nul, mais avec permission aux parties de le faire réhabilitier. Le Parlement rendit un arrêt conforme, en ordonnant toutefois la réhabilitation au lieu de la permettre (16 juin 1674)⁴. Le 20 décembre 1688 et le 12 août 1692, deux autres arrêts fixèrent définitivement la jurisprudence dans le même sens⁵.

¹ *Journal des audiences*, t. IV, p. 153.

² *Ibid.*, t. I, p. 588.

³ *Ibid.*, t. III, p. 579. — La cour appointa les parties au conseil.

⁴ *Ibid.*, t. III, p. 629.

⁵ *Ibid.*, t. V, pp. 240 et 622.

Mais le Parlement n'avait pas été seul à s'émouvoir. Dès 1655, l'assemblée du clergé avait protesté contre ces mariages¹; en 1660, 1665, 1670, 1675, 1680, elle avait renouvelé ses doléances; cette dernière année, elle décida même « de demander
« au Roi qu'il plût à Sa Majesté de donner sur ce sujet une
« déclaration par laquelle il seroit défendu à toutes personnes
« de quelque qualité et condition qu'elles fussent, de contracter
« en cette manière, à peine de punition corporelle, prison, ban-
« nissement et autres². »

En 1697, le roi finit par écouter ces réclamations; une déclaration du 15 juin défendit « à tous juges, à peine d'interdiction et
« même de privation de leurs charges, d'ordonner aux notaires
« de délivrer des actes de mariage, et à tous notaires de les ex-
« pédier, sous quelque prétexte que ce puisse être, à peine de
« privation de leurs charges et d'être incapables d'en tenir au-
« cunes autres de justice dans la suite³. » Cette déclaration n'allait pas à beaucoup près aussi loin que les derniers arrêts du Parlement; le roi n'y faisait pas de la bénédiction nuptiale une condition de la validité du mariage; il cherchait seulement à faire disparaître les unions auxquelles le curé refuserait son concours, en enlevant aux parties tout moyen de les faire régulièrement constater.

Sous les efforts combinés du pouvoir royal et des Parlements, les mariages à la gaulmine devinrent bientôt extrêmement rares. On n'en trouve plus guère de traces une fois le commencement du xviii^e siècle. Mentionnons toutefois une consultation délibérée en Sorbonne le 3 janvier 1712, et concluant à leur parfaite validité⁴.

¹ *Procès-verbaux des assemblées du clergé*, Table, v^o Mariage.

² *Ibid.*, t. V, p. 182.

³ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XX, p. 295.

⁴ *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, t. III, p. 264.

Le prêtre dont la présence au mariage se trouvait requise par le concile était le propre curé des époux, celui du lieu où ils avaient leur résidence habituelle. L'ordonnance de 1629 défendit formellement à tous curés et autres prêtres séculiers ou réguliers, sur peine d'amende arbitraire, de célébrer aucun mariage entre personnes qui ne soient de leurs paroisses, sans la permission de leurs curés, ou de leur évêque diocésain, nonobstant tous privilèges à ce contraire¹. Un édit du mois de mars 1697 vint plus tard préciser cette disposition; en cas de changement de résidence, il déclara compétent le curé de la nouvelle demeure seulement lorsque la personne y aurait demeuré pendant six mois, si elle n'avait pas quitté le même diocèse, un an si elle sortait d'un diocèse étranger². Aux termes du même édit, le mineur se trouvait toujours domicilié de droit chez ses parents, lors même qu'il avait une autre résidence de fait.

Quant aux personnes qui, par état ou profession, n'avaient pas de domicile fixe, on admettait, en droit civil³ comme en droit canon⁴, qu'elles pouvaient valablement se marier avec une permission de l'évêque du lieu.

Lorsque les parties ne se trouvaient pas domiciliées sur la même paroisse, le concours des deux curés était-il nécessaire à leur mariage?

¹ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XX, p. 288.

² La jurisprudence appliquait cette disposition dans toute sa rigueur. Le 15 février 1753, un arrêt du Parlement de Paris déclara un mariage nullement et abusivement contracté, parce qu'il manquait quatre jours au temps requis pour rendre le curé compétent. Davrillé des Essarts, *Causes célèbres*, t. LIII, pp. 121-190.

³ Guyot, *Répertoire*, v^o *Mariage*, t. XI, p. 356. — Voir un arrêt du Parlement de Paris, en date du 6 juin 1766, dans les *Causes célèbres* de Davrillé des Essarts, t. XXXI, p. 140-172.

⁴ Conc. de Trente, Sess. XXIV, Decr. de reformatione, c. VII. — Cf. *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. III, pp. 320 et suiv.

Le décret de Trente ne prévoyait pas cette question; en 1574, la congrégation du concile la trancha dans le sens de la négative¹; presque tous les canonistes se rangèrent à cet avis².

La jurisprudence partagea d'abord la même manière de voir; le 30 mai 1707, le Parlement de Paris reconnut encore pour valable un mariage contracté sans le concours des deux curés³. L'opinion contraire ne tarda pas cependant à prévaloir; le Parlement la consacra par divers arrêts des 14 février 1713, 11 mars 1722, 22 juillet 1733, 18 juillet 1745, etc.⁴.

Outre la présence du propre curé des parties, le concile de Trente exigeait celle de deux ou trois témoins; l'ordonnance de Blois, plus sévère, en demandait quatre au moins.

Le droit canonique faisait de leur absence une cause de nullité⁵. La jurisprudence civile n'observait pas à la lettre les prescriptions de l'ordonnance; le 13 juin 1684, le Parlement refusa d'annuler le mariage de la marquise de Coligny avec le sieur de la Rivière, bien que deux témoins seulement eussent assisté au mariage⁶.

Renouvelant sur ce point les prescriptions du IV^e concile de Latran, le concile de Trente ordonna que tout mariage fût

¹ J. P. Zamboni, *Collectio declarationum*, etc., v^o *Matrimonium*, XVII, 2; t. II, p. 432.

² Sanchez, *de Matrimonio*, L. III, disp. XIX, n^o 4; Fagnan, *Jus canonicum*, sur le L. IV des Décrétales, t. I, ch. *Quod nobis*, n^o 33; d'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, ch. V, art. I, xxx.

³ Guyot, *Répertoire*, v^o *Mariage*, t. XI, p. 352.

⁴ Guy du Rousseaud de Lacombe, *Jurisprudence canonique*, v^o *Empêchement de mariage*, sect. V, dist. XIII, art. 1.

⁵ Sanchez, *de Matrimonio*, L. III, disp. XLI, n^o 1; *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. III, pp. 328 et suiv.

⁶ Davrillé des Essarts, *Causes célèbres*, t. VI, p. 363 et suiv. — Cf. encore dans le même sens un arrêt du 18 avril 1697; Guyot, *Répertoire*, v^o *Mariage*, t. XI, p. 361.

précédé de trois publications de bans. La plupart des théologiens¹ d'accord sur ce point avec la congrégation du concile², croyaient que cette publication était seulement de *nécessité de précepte* et non pas de *nécessité de sacrement* : leur omission, en conséquence, n'entraînait pas nullité du mariage.

L'ordonnance de Blois exigea pareillement la publication de trois bans; elle déclara même qu'on ne pourrait obtenir dispense que des deux derniers.

La jurisprudence montra d'abord quelque hésitation sur la conduite à tenir vis-à-vis d'un mariage célébré sans publication aucune. Le 13 juin 1634, un arrêt fit défense « à tous grands « vicaires de ne plus accorder dispense des trois bans sans con- « naissance de cause, à peine de nullité, et de répondre en leur « nom des dépens, dommages et intérêts des parties³. » Dès 1638, toutefois, le Parlement semble avoir admis en principe que le défaut de publications de bans, entre majeurs, ne pouvait être une cause de nullité⁴.

Au XVIII^e siècle, on ne publiait jamais, en fait, qu'un seul ban; il était d'usage de demander dispense des deux autres⁵.

Lorsque sur la plainte des parents, un mariage se trouvait annulé pour vice de forme, le Parlement pendant tout le XVII^e siècle, défendit généralement à l'enfant, même majeur, de faire

¹ Sanchez, *de Matrimonio*, L. III, disp. v, n^{os} 3 et suiv.; *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. I, pp. 197 et suiv.; *Conférences d'Anvers*, t. I, p. 116.

² Décision du mois de septembre 1587; Zamboni, *Collectio declarationum*, etc., v^o *Mariage*, XVII, 12; t. II, p. 433.

³ Pothier, *Tr. du contrat de Mariage*, n^o 79.

⁴ Arrêt du 7 août; Pothier, n^o 69. Voir encore un arrêt du 15 mars 1691; *Journal des audiences*, t. V, p. 473.

⁵ Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 345.

réhabiliter son union¹. Aucun arrêt cependant n'annula jamais un mariage contracté nonobstant une défense de ce genre².

En 1745, dans la célèbre affaire La Bédoyère, le Parlement, sur les conclusions conformes de l'avocat général Joly de Fleury, mit les parents hors de cour sur leur demande à fin de défense de réhabilitation³. Depuis lors, il n'en fut plus jamais question.

II.

Les Protestants avaient nié, dès leur origine, que le mariage fût un sacrement. Ils avaient néanmoins emprunté au catholicisme l'usage de le faire bénir par un ministre de leur culte; le synode national de 1559 leur en avait même fait une obligation de conscience⁴.

Jusqu'à la fin du xvi^e siècle, le seul consentement faisant le mariage, ils se trouvèrent au point de vue du droit civil, dans la même situation que les catholiques. Mais, en 1579, l'ordonnance de Blois ayant déclaré la présence du curé nécessaire à peine de nullité les plaça dans une situation assez délicate.

L'Édit de Nantes, qui rétablit en 1598 l'exercice public du culte protestant, fut muet sur les formes de la célébration du mariage; il obligea seulement les réformés à observer, sauf quelques restrictions, les empêchements établis par l'Église. Ce silence indiquait suffisamment que le législateur n'entendait pas les soumettre au régime de l'ordonnance; ils s'y conformèrent

¹ Arrêts des 6 août 1661, 16 juin 1663, 18 février 1664, 13 février 1695; *Journal des audiences*, t. II, pp. 391, 527, 624.

² Guyot, *Répertoire*, v^o *Mariage*, t. XI, p. 375.

³ Guyot, *ibid.* — Cf. encore sur cette affaire, qui eut un retentissement considérable, le *Journal* de Barbier, éd. Charpentier, t. IV, pp. 54 et suiv.

⁴ Anquez, *de l'état civil des Réformés de France*, p. 11.

néanmoins, en remplaçant bien entendu le curé par le ministre¹.

Mais la lutte entre catholiques et protestants, interrompue un moment par la sagesse d'Henri IV, reprit sourdement dans la seconde moitié du xvii^e siècle; poussé par l'opinion publique, excité sans relâche par les assemblées du clergé², Louis XIV commença, dès 1680, à se départir de la conduite modérée qu'il avait jusqu'alors tenue à leur égard.

En 1682, quelques assemblées de réformés se tinrent avec un certain éclat dans le Languedoc et le Dauphiné : on espérait ainsi intimider le roi, et le faire revenir sur les mesures de rigueur qui avaient déjà été prises. Cette démonstration produisit un effet tout opposé; Louis XIV, extrêmement jaloux de son autorité, envoya des troupes contre les religionnaires, et le culte se trouva interdit dans tout le midi de la France³.

Il s'agissait alors de savoir qui, dans ces provinces, constaterait l'état des protestants.

Un arrêt du Conseil du 15 septembre 1685 pourvut à la difficulté en ce qui concernait les mariages. Ils devaient être célébrés par des ministres que les intendants établiraient à cet effet dans le pays, « pourvu toutefois que ce fût en présence du principal officier de justice de la résidence où demeurerait et « auraient esté établis lesdits Ministres... En la célébration des- « quels mariages, continuait l'arrêt, lesdits Ministres ne pourront « faire aucun prêche, exhortation, ni exercice de ladite R. P. « R., que ce qui est marqué dans les livres de leur discipline, » ni qu'aucuns religionnaires autres que les proches parents des « personnes qui seront à marier, jusques au quatrième degré, y « puissent assister. » Les publications devaient être faites à l'au-

¹ Anquez, *de l'état civil des Réformés*, pp. 14 et suiv.

² On trouvera la liste de leurs principales demandes dans l'*Histoire de Louvois*, de C. Rousset, t. III, p. 437, note 1.

³ C. Rousset, *Hist. de Louvois*, t. III, pp. 452 et suiv.

dience du siège royal le plus proche du lieu de la résidence des époux¹.

Un mois après, l'édit du 22 octobre 1685 révoqua l'Édit de Nantes; il gardait un silence absolu sur la question du mariage, mais tout le monde comprit bien que l'arrêt du 13 septembre se trouvait implicitement abrogé.

Les protestants se marièrent alors de différentes façons. Beaucoup feignirent d'embrasser la religion catholique, et reçurent d'un prêtre la bénédiction nuptiale; dans quelques provinces frontières, on les vit aller se marier à l'étranger, et revenir ensuite dans le royaume; la plupart du temps, surtout dans le midi, ils se marièrent *au désert*, devant quelque ministre fugitif².

Ces dernières unions étaient incontestablement irrégulières; néanmoins, pendant de longues années, les Parlements n'en annulèrent pas une seule³. Le gouvernement d'ailleurs était loin de les y pousser; en 1713, un ecclésiastique de La Rochelle ayant proposé « d'autoriser les tribunaux à déclarer illégitime « tout mariage qui n'aurait pas été contracté en face de l'Église. » Daguesseau, chargé de l'examen du *Mémoire*, répondit « que cette proposition se réfutait d'elle-même. »

Mais cette tolérance de fait n'était pas sans avoir de graves inconvénients, car rien absolument ne garantissait les protestants contre une évolution dans la jurisprudence. On chercha donc un remède à cet état de choses : en 1697, Pontchartrain consulta, au nom du roi, M^{sr} de Noailles et le même Daguesseau.

L'archevêque de Paris rédigea un mémoire dans lequel il pro-

¹ On trouvera le texte de cet arrêt dans le premier *Mémoire sur le mariage des Protestants*, de Malesherbes, p. 94.

² Rulhière, *Eclaircissements historiques sur les causes de la révocation de l'Édit de Nantes*, 2^e part., pp. 174 et suiv.

³ Baron de Breteuil, *Rapport au roi*, ap. Rulhière, 2^e part., p. 62.

⁴ *Ibid.*, pp. 63 et suiv.

posait de faire célébrer les mariages des calvinistes en présence du juge royal : c'était en somme, dans ses grandes lignes, le projet auquel on allait revenir en 1787. Mais pour le moment on refusa de l'adopter; le ministre répondit au prélat que « le « nombre d'inconvénients arrivés à cet égard ne paroissoit pas « assez grand, jusqu'à cette heure, pour mériter une loi générale et extraordinaire¹. »

On se rallia donc à un projet beaucoup plus subtil, présenté par Daguesseau. Une déclaration fut promulguée, le 13 décembre 1698 applicable, en principe, à tous les habitants du royaume. Un seul article, où le roi enjoignait « d'observer dans « les mariages... les solennitez prescrites par les saints canons, « et notamment par ceux du dernier concile et par les ordonnances, » s'adressait seulement « aux sujets réunis à l'Église². » En même temps, une lettre secrète, adressée à tous les chefs des tribunaux, leur enjoignit de ne rien prononcer au delà de ce qui était expressément stipulé dans les édits³. C'était bien là un moyen détourné de déclarer qu'on n'entendait pas soumettre les protestants au régime de l'ordonnance de Blois.

Ces dispositions libérales cessèrent tout à coup en 1715; une ordonnance du 8 mars établit cette présomption *juris et de jure*, qu'il n'y avait plus de protestants en France. Le séjour que « ceux qui ont été de la R. P. R., ou qui sont nés de parents « religionnaires, ont fait dans notre royaume depuis que nous y « avons aboli tout exercice de ladite religion, est une preuve plus « que suffisante qu'ils ont embrassé la R. C. A. et R., sans quoi « ils n'y auroient pas été soufferts ni tolérés⁴. » Puisqu'il n'y

¹ Baron de Breteuil, *Rapport au roi*, ap. Rulhière, *Eclaircissements historiques*, 2^e part., p. 87.

² Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XX, p. 307.

³ Baron de Breteuil, p. 89.

⁴ Isambert, t. XX, p. 640.

avait plus en France que des catholiques, tout mariage qui n'avait pas été célébré suivant les formes prescrites par le concile se trouvait donc entaché de nullité.

Les Protestants néanmoins ne furent pas inquiétés pendant la régence; le duc d'Orléans, que les scrupules religieux ne tourmentaient guère, songea même un instant à révoquer l'édit d'octobre 1685. Les instances de Dubois, qui aspirait alors au chapeau, lui firent abandonner ce projet ¹.

Mais le ministère de monsieur le Duc se signala par une recrudescence de sévérité; une déclaration nouvelle, datée du 14 mai 1724, vint confirmer, en la précisant, l'ordonnance de 1715. « Voulons, disait l'article 15, que les ordonnances, édits « et déclarations des rois nos prédécesseurs sur le fait des mariages, et nommément l'édit de mars 1697 et la déclaration « du 15 juin de la même année, soient exécutés selon leur forme « et teneur par nos sujets nouvellement réunis à la foi catholique, comme par tous nos autres sujets; leur enjoignons « d'observer, dans les mariages qu'ils voudront contracter, les « solennités prescrites tant par les saints canons reçus et observés dans ce royaume que par lesdites ordonnances, édits et « déclarations, le tout sous les peines qui y sont portées et « même de punition exemplaire, suivant l'exigence des cas ². »

Les Protestants, effrayés, se présentèrent alors en foule dans les églises pour y contracter mariage devant leur propre curé. Mais le clergé qui, sous le précédent règne, avait reçu toutes les abjurations avec une facilité si grande, devint alors beaucoup plus difficile. Il ne consentit plus à marier les calvinistes qu'après avoir éprouvé la sincérité de leur conversion. La durée de ces épreuves variait suivant les diocèses; elle était de quatre

¹ Duclos, *Mémoires secrets*, éd. Barrière, pp. 154 et suiv.

² Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XXI, p. 268.

mois dans les uns, de six mois ou d'un an dans certains autres : parfois même elle se prolongeait beaucoup plus longtemps¹.

Rebutés par la sévérité du clergé, effrayés par l'excommunication que lançaient les synodes contre « ceux qui se souillaient « du péché abominable d'idolâtrie à l'occasion des mariages², » les Protestants renoncèrent bientôt à leur apparente soumission ; ils prirent le parti de ne se plus marier qu'au désert³.

Le cardinal de Fleury, opposé par caractère à toute espèce de violence, ferma volontairement les yeux sur ces infractions à la déclaration de 1724 ; mais le zèle intempestif d'un tribunal subalterne vint, en 1739, déranger tous ses plans.

Le présidial de Nîmes tenait ses Grands Jours en Vivarais, lorsqu'on dénonça au procureur du roi plusieurs mariages contractés par des Protestants en dehors naturellement de la présence du curé. Avant d'oser en prendre connaissance, la compagnie en référa au ministre : « Vous me demandés, leur répondit « M. de la Vrillière, si dans la séance que vous devés tenir à « Privas, vous connoîtrez des mariages qui ont été faits entre « de nouveaux convertis par le ministère des pasteurs calvinistes ; votre commission n'étant point pour de pareilles affaires, il faut vous renfermer dans celles qui y donnent occasion⁴. »

On passa outre cependant, mais en employant un détour : le ministère public choisit cinq ou six individus, et rendit plainte contre eux pour concubinage notoire et scandaleux. Les accusés reconnurent avoir été mariés par leurs ministres ; le jugement dissimula leur qualité de protestants, les déclara convaincus

¹ Baron de Breteuil, *Rapport au roi*, p. 110 ; Anquez, *État civil des Réformés*, pp. 52 et suiv.

² Anquez, p. 69.

³ Baron de Breteuil, p. 111 ; Anquez, pp. 70 et suiv.

⁴ Baron de Breteuil, p. 38.

d'avoir vécu en concubinage public et notoire avec leurs prétendues femmes, les condamna à une aumône envers les pauvres et à une amende envers le roi, ordonna qu'ils seraient tenus de cesser d'habiter avec leurs prétendues femmes, et que, dans quinzaine, ils se retireraient par devers l'évêque diocésain à l'effet d'en obtenir, s'il y avait lieu, la bénédiction de leur mariage ¹.

Cet exemple enhardit la jurisprudence, et l'on vit, principalement dans le midi, à Toulouse, à Grenoble, à Bordeaux, les Parlements annuler un certain nombre de mariages contractés au désert. Dans le ressort de ces deux dernières cours, la peine des galères était même souvent infligée aux mariés ².

La situation devenait pour les Protestants véritablement intolérable : le clergé se refusait à bénir leurs unions, lorsqu'ils n'avaient pas donné des preuves réelles de catholicisme ; le Parlement les annulait lorsqu'elles n'avaient pas été contractées en face d'Église.

Des négociations furent alors entamées entre la cour et le clergé. On s'efforça d'amener celui-ci à bénir le mariage de tous les individus qui se présenteraient devant lui, en fermant les yeux sur leurs opinions religieuses antérieures ; à supprimer, en somme, le régime des épreuves. Ces conférences ne purent aboutir : les évêques refusèrent naturellement de prêter la main à ce qu'ils regardaient comme une véritable profanation ³.

Le pouvoir songea, un moment, à les y contraindre. Consulté par la cour, le procureur général Joly de Fleury proposa de réduire les épreuves à une simple confession ; si le curé, sur la présentation du billet de confession, se refusait à célébrer le ma-

¹ Guyot, *Répertoire*, v^o *Religionnaires*, t. XV, p. 105 ; Baron de Breteuil, *Rapport au roi*, pp. 36 et suiv.

² Guyot, *Répertoire*, pp. 104 et 105 ; Anquez, *État civil des Réformés*, p. 76.

³ Desforges, *Étude historique sur la formation du mariage*, pp. 211 et suiv.

riage, on l'y obligerait par toutes voies de droit¹. Dans un temps où le Parlement décrétait de prise de corps les ecclésiastiques qui refusaient, malgré ses ordres, d'administrer les derniers sacrements², un tel système n'aurait rien eu d'extraordinaire : aussi, fut-il très sérieusement question de l'adopter.

Ce fut Turgot qui empêcha la promulgation de l'édit ; dans une petite brochure, *Le Conciliateur ou Lettres d'un ecclésiastique à un magistrat sur les affaires présentes*, il critiqua vivement une loi qui sacrifiait en somme les Protestants au clergé et celui-ci aux Parlements. Il réclama pour tous la tolérance civile, et demanda « que ce ne fût ni le sacrement de baptême, ni celui « de mariage qui fixât l'état des citoyens³. »

Le moment était opportun pour une semblable proposition.

Ce que l'on est convenu d'appeler l'ancien régime entraînait alors dans cette période de crise qui devait aboutir à 1789. L'opposition parlementaire devenant tous les jours plus hardie, minait déjà sourdement les bases de l'absolutisme royal ; l'Église voyait son autorité s'affaiblir insensiblement au milieu des querelles suscitées par le jansénisme ; la philosophie, sortant peu à peu de l'ombre où elle était jusqu'alors demeurée, commençait à prêcher ouvertement le déisme et la religion naturelle⁴. Les idées de tolérance allaient donc trouver un terrain où il leur serait facile de se développer.

Aussi, la voix de Turgot ne resta-t-elle pas sans écho. De 1753 à 1788, un nombre considérable de brochures examinèrent sous toutes ses faces la question du mariage des Protestants⁵. Nous

¹ Le mémoire de M. Joly de Fleury a été publié par Malesherbes, *Mémoire sur le mariage des Protestants*, pp. 133 et suiv.

² Barbier, *Journal*, t. V, VI, VII, *passim*.

³ *Le Conciliateur*, ap. *Œuvres complètes*, 1844, t. II, p. 698.

⁴ Voir Aubertin, *L'esprit public au XVIII^e siècle*, pp. 273 et suiv.

⁵ M. Desforges a publié, dans son *Étude historique sur la formation du*

ne pouvons, on doit le comprendre, analyser ici tous ces ouvrages, qui sont loin d'ailleurs d'être égaux en mérite¹. Mentionnons seulement les deux *Mémoires* publiés par Malesherbes en 1785 et 1786 : il proposait de faire contracter mariage aux non catholiques devant le juge civil du lieu de leur résidence. Nous verrons tout à l'heure que, dans ses grandes lignes, ce plan servit de modèle à l'édit de novembre 1787.

Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, la jurisprudence ne se montra guère favorable à ceux qui attaquaient les mariages des Protestants, elle épuisa toutes les subtilités juridiques pour repousser leurs prétentions. « Les Protestants, dit le *Répertoire* « de Guyot, ont toujours été reçus favorablement lorsqu'ils ont « fait usage des fins de non-recevoir qui s'élèvent naturellement

mariage, une assez longue liste d'ouvrages de cette nature; on peut y ajouter les noms suivants :

Examen de deux questions importantes sur le mariage (par Le Ridant), 1733, in-4^o.

Justice et nécessité d'assurer en France un état légal aux Protestants.

Réponse d'un bon chrétien aux prétendus sentiments des Catholiques en France sur le Mémoire au sujet des mariages clandestins des Protestans, 1756, in-8^o.

Réflexions philosophiques sur le procès de Mademoiselle Camp (par Voltaire), 1772, in-8^o.

Les Protestants déboutés de leurs prétentions (par le P. Richard, jacobin), 1776, in-8^o.

Récit de ce qui s'est passé le 15 (décembre) à l'Assemblée des Chambres du Parlement, 1778, in-8^o.

Tableau de Paris, par Mercier, 1781.

La tolérance chrétienne opposée au tolérantisme, 1783, in-8^o.

Essai sur le mariage, considéré sous ses rapports naturels, moraux et politiques; ou moyens de faciliter et d'encourager les mariages en France, 1785, in-8^o.

Lettre à un magistrat du Parlement de Paris au sujet de l'Édit sur l'État civil des Protestans.

¹ M. Anquez en a analysé quelques-uns; *État civil des Réformés de France*, pp. 139 et suiv.

« contre ceux qui attaquent des engagements dont l'indissolubilité intéresse le repos public... C'est en vertu de ce grand principe, que les arrêts ont déclaré non-recevables les époux eux-mêmes, leurs pères et leurs mères, leurs collatéraux, les promoteurs, les curés, et que la possession d'état et la bonne foi des père et mère ont rendu l'état des enfants inattaquable¹. »

L'opinion publique, du reste, envisageait ces procès avec une extrême défaveur. Le vicomte de Bombelles ayant épousé *au désert* une demoiselle Camp, contracta quelques années plus tard un second mariage. Sa première femme lui intenta devant le Parlement de Paris, en 1772, un procès qu'elle perdit; mais le conseil de l'École Royale militaire, où le vicomte avait fait ses études, lui écrivit une lettre qui fut rendue publique, pour lui défendre de paraître désormais à l'École².

Encouragés par les témoignages de sympathie qui leur arrivaient ainsi de toutes parts, les Protestants songèrent, en 1775, à présenter une requête au conseil au sujet de la validité de leurs mariages. Au dernier moment, ils renoncèrent à leur projet : ils craignaient, en ne réclamant que sur un seul point, de paraître accepter les autres vexations³.

Mais l'assemblée du clergé, qui se tenait alors à Paris, s'était émue de cette nouvelle; la grande députation, envoyée au roi le 24 septembre, insista pour que des mesures sévères fussent prises à l'égard des réformés. Le pouvoir était loin cependant de partager ces idées; il envoya même au clergé un projet d'ordonnance restituant un état civil aux Protestants. Après d'assez lon-

¹ Répertoire, v^o Religioneux, t. XV, pp. 106 à 108.

² Mémoires secrets pour servir à l'histoire de la République des Lettres, t. VI, 25 novembre et 13 décembre 1771; 19 janvier, 26 juillet et 7 août 1772; Grimm et Diderot, Correspondance, éd. Assézat, t. X, p. 80.

³ Mémoires secrets, t. VIII, 14 octobre 1775.

gues discussions, l'assemblée finit par ne donner aucune réponse¹.

Trois ans après, en 1778, le Parlement lui-même s'occupait très sérieusement de la question. Les *Mémoires secrets* nous parlent, dès le 21 août, de comités qui se tenaient à ce sujet chez le premier président. Le roi, qui comptait demander au clergé des subsides extraordinaires, tenait alors beaucoup à ne pas l'indisposer; il fit mander M. d'Aligre, et lui défendit de laisser mettre la matière en délibération. L'assemblée du 15 décembre ne se tint donc que pour la forme. M. de Bretignières, conseiller à la troisième des enquêtes, exposa les raisons qui militaient en faveur d'un changement dans la législation, et pria le premier président de vouloir bien mettre en délibération « ce qu'il pouvait y avoir à faire à ce sujet. Le Parlement arrêta qu'il n'y avoit lieu à délibérer, s'en rapportant la cour à la « prudence du roi². »

Celui-ci était loin de se montrer opposé à toute idée de réforme. Il en donna la preuve en 1782; une déclaration du 12 mai défendit implicitement aux curés de qualifier de bâtards dans leurs registres de baptême, les enfants issus de parents mariés hors de l'Église³. C'était là, comme on l'a déjà fait observer⁴, plutôt un acte de tendance qu'une mesure de liberté,

¹ *Mémoires secrets*, t. VIII, 15, 20 et 30 septembre, 16 et 21 novembre 1775.

² *Mémoires secrets*, t. XII, 21 août, 23 novembre, 13 et 16 décembre 1778; t. XIII, 1^{er} janvier 1779; Guyot, *Répertoire*, v^o *Religioneux*, t. XI, p. 109.

Il existe un *Récit* imprimé de ce qui s'est passé le 15 à l'Assemblée des chambres du Parlement.

³ La déclaration leur défend « d'insérer par leur propre fait, soit dans la « rédaction desdits actes, soit sur les registres sur lesquels ils sont transcrits « ou autrement, aucunes clauses, notes ou énonciations autres que celles « contenues aux déclarations de ceux qui auront présenté les enfans au baptême, sans pouvoir faire aucunes interpellations sur les déclarations qui « seront faites par ceux qui présenteront les enfans au baptême. » Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XXVII, p. 190.

⁴ Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 298.

mais cet acte indiquait d'une façon très nette les idées vers lesquelles inclinait le pouvoir.

Il fallut néanmoins attendre cinq ans encore pour voir se réaliser la mesure que souhaitaient tous les esprits éclairés.

Le 9 février 1787, le Parlement, toutes Chambres assemblées, arrêta, sur la proposition de M. Robert de Saint-Vincent « que
« M. le premier président serait chargé de se retirer par devers
« le roi à l'effet de supplier ledit seigneur roi de peser dans
« sa sagesse les moyens les plus sûrs de donner un état civil
« aux Protestans¹. » Le 23 mai, le deuxième bureau de l'assemblée des notables, sur la proposition de La Fayette, présenta également « à Sa Majesté ses sollicitations pour que cette por-
« tion de ses sujets cessât de gémir sous un régime de proscrip-
« tion également contraire à l'intérêt général de la population,
« à l'industrie nationale et à tous les principes de la morale et
« de la politique².

Enfin, le 19 novembre, dans cette fameuse séance royale où s'engagea si maladroitement le pouvoir, un édit relatif aux non-catholiques fut présenté au Parlement.

Les publications de mariage des Protestants devaient être faites le dimanche, soit par le greffier de la justice principale du lieu, à la sortie de la messe paroissiale, soit par le curé ou vicaire, au prône de la même messe.

La *déclaration du mariage* pouvait être faite, au choix des parties, soit devant les curés ou vicaires, soit devant le premier officier de la justice du lieu.

Les articles 17 et 18 de l'édit déterminaient ainsi la forme en laquelle elle devait avoir lieu.

« Pour faire ladite déclaration, les parties contractantes se

¹ *Mémoires secrets*, t. XXXIV, 1^{er} et 2 mars 1787.

² Anquez, *Etat civil des Réformés*, p. 206.

« transporteront, assistées de quatre témoins, en la maison du
 « curé ou vicaire du lieu où l'une desdites parties aura son do-
 « micile, ou en celle dudit juge, et y déclareront qu'elles se sont
 « prises et se prennent en légitime et indissoluble mariage et
 « qu'elles se promettent fidélité. »

« Ledit curé ou vicaire, où ledit juge, déclarera aux parties, au
 « nom de la loi, qu'elles sont unies en légitime et indissoluble
 « mariage; inscrira les dites déclarations sur les deux doubles du
 « registre destiné à cet effet, et fera mention de la publication
 « des bans, etc., signera le tout, et fera signer par les parties
 « contractantes, si elles savent signer, et par les témoins. »

Les unions contractées antérieurement à la publication de l'édit pouvaient être réhabilitées de la même manière¹.

Fortement irrité contre le ministère, le Parlement retarda le plus possible l'examen d'une loi qu'il avait pourtant sollicitée; il attendit jusqu'au 8 décembre pour nommer des commissaires, et ajourna pendant près d'un mois encore la lecture de leur rapport. Le 11 janvier seulement, il décida de faire au roi des remontrances; nous n'en mentionnerons qu'un seul article, auquel, du reste, il fut fait droit : la cour demandait que les publications de bans se fissent par les curés à la porte de l'église, et non pas dans l'intérieur².

Cependant, le parti hostile à cette mesure s'agitait d'une manière désespérée. Au sein même de son entourage immédiat, le

¹ Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XXVIII, pp. 472 et suiv.

Aux termes de l'article 21 de cet édit, les unions anciennes devaient être réhabilitées dans le délai d'un an, à compter de l'enregistrement, ce qui aurait conduit au 29 janvier 1789. Une déclaration du 21 janvier 1789 prorogea ce terme jusqu'au 1^{er} janvier 1790, et des lettres patentes du 13 décembre 1789 jusqu'au 1^{er} janvier 1791.

² On trouvera le texte de ces remontrances dans Dufey, *Histoire, actes et remontrances des Parlements*, t. II, pp. 422 et suiv.

roi trouvait dans madame Louise une adversaire ardente de la loi; le 26 décembre, l'archevêque de Paris, M^{sr} de Juigné, à la tête de quinze évêques, était venu le supplier d'attendre les observations que lui soumettrait la prochaine assemblée du clergé; la maréchale de Noailles et madame de Genlis colportaient dans tout Paris un *Discours à lire au conseil*¹, libelle anonyme de l'abbé Bonnaud; dans le Parlement lui-même, une minorité de brouillons, à la tête desquels se trouvait d'Espremesnil, faisait les plus grands efforts pour empêcher l'enregistrement de l'édit.

Le roi cependant tint ferme; le 29 janvier 1788, le Parlement vota la transcription de l'édit sur ses registres, à la majorité de quatre-vingt-seize voix contre dix-sept².

Il fut enregistré peu après dans tous les autres Parlements du royaume; un certain nombre d'entre eux firent quelque résistance³; s'il faut en croire les électeurs de 1789, ils apportèrent même plus tard des entraves à son exécution⁴.

La même année, tandis que l'Académie française mettait au concours pour le prix de poésie l'éloge de l'édit relatif aux non-catholiques, l'assemblée du clergé présenta au roi les observations annoncées par M^{sr} de Juigné. Tout en approuvant la pensée de donner une sanction légale aux mariages des Protestants, elle

¹ *Mémoires secrets*, t. XXXVI, 25, 26 et 29 novembre, 8, 11, 13, 20, 23, 25, 26, 29 et 31 décembre 1787. *Correspondance secrète inédite sur Louis XVI et Marie-Antoinette*, publiée par M. de Lescure, t. II, pp. 202, 206, 207, 208, 240, 241, 243, 246, 249, 223 et 224; Weber, *Mémoires*, éd. Barrière, p. 149.

² Anquez, *État civil des Réformés de France*, p. 235.

³ Anquez, pp. 236 et suiv.

Le Parlement de Douai fit des remontrances que ne mentionne pas cet auteur; elles ont été imprimées sous ce titre : *Remontrances du Parlement de Flandres sur l'Édit du Roi du mois de Novembre 1787, concernant ceux qui ne font pas profession de la Religion Catholique*.

⁴ Voir à la p. suiv. la note 2, art. VIII.

formulait néanmoins certaines critiques sur le système adopté par l'édit; elle souhaitait notamment que les curés ou vicaires ne pussent être tenus de jouer aucun rôle dans ces unions¹.

Les cahiers de 1789 renfermèrent encore un assez grand nombre d'observations au sujet du même édit²; la sécularisation

¹ *Remontrances du clergé de France assemblé en 1788, au roi, sur l'édit du mois de novembre 1787, concernant les non-catholiques*, Paris, 1788, in-4^o.

² Voici la liste des observations soit générales, soit spéciales au mariage, que nous y avons relevées :

I. Demandent que l'on prenne en considération les remontrances de la dernière assemblée :

Clergé de la sénéchaussée d'Armagnac (*Archives parlementaires*, t. II, p. 64); de la sénéchaussée d'Auvergne (t. II, p. 408); du bailliage de Beauvais (t. II, p. 287); de la sénéchaussée de Castelnau (t. II, p. 552); de la sénéchaussée de Clermont-Ferrand (t. II, p. 759); de la sénéchaussée de Dax (t. III, p. 87); du bailliage de Dourdan (t. III, p. 243); des diocèses de Grasse et Vence (t. III, p. 267); du bailliage d'Évreux (t. III, p. 293); de la sénéchaussée de Montpellier (t. IV, p. 44); du bailliage de Nivernois (t. IV, p. 246); de la sénéchaussée de Riom (t. V, p. 561); de la sénéchaussée de Toulouse (t. VI, p. 28), et du bailliage de Vermandois (t. VI, p. 435).

II. Demandent la *révision* de l'édit :

Clergé de Paris (t. V, p. 263); curés des paroisses du Quercy (t. V, p. 485); clergé du bailliage de Troyes (t. VI, p. 73).

III. Demandent que les mariages des non-catholiques ne puissent plus être contractés que devant le juge laïque :

Clergé de la sénéchaussée de Béziers (t. III, p. 346); de la sénéchaussée du Mans (t. III, p. 638); et de la sénéchaussée de Saintes (t. V, p. 660).

IV. Demande une interprétation de l'édit, *afin qu'on ne puisse en abuser* :

Clergé du bailliage de Blois (t. II, p. 373).

V. Demande une loi *qui fixe l'étendue des effets civils accordés aux non-catholiques...., notamment quant à leur mariage* :

Clergé des bailliages réunis de Provins et de Montereau (t. V, p. 445).

VI. Demande la *révocation* de l'édit :

Clergé du bailliage de Metz (t. III, p. 760).

VII. Demandent que l'édit ne soit pas envoyé en Franche-Comté :

Tiers du bailliage de Besançon (t. II, p. 337), et clergé du bailliage de Dôle (t. III, p. 433).

du mariage, votée bientôt par l'Assemblée, enleva toute raison d'être à ces réclamations.

III.

Le 12 juillet 1790, la constitution civile du clergé vint rendre en fait tout mariage impossible aux catholiques restés en communion avec le pape. L'ordonnance de Blois, toujours en vigueur, voulait que le mariage fût contracté devant le propre curé : le curé officiel n'était plus alors qu'un schismatique et les fidèles devaient s'abstenir de tout rapport avec lui. Une instruction pontificale du 26 septembre 1791 déclara même nul tout mariage auquel aurait présidé l'*intrus*¹.

VIII. Demandent la *pleine exécution* de l'édit :

Noblesse de Lille (t. III, p. 530; tiers de la sénéchaussée de Nérac (t. IV, p. 234), et de la sénéchaussée de Périgord (t. V, p. 343).

IX. Demandent l'*exécution* de l'édit :

Paroisses d'Alleux-le-Roi (t. IV, p. 292) et d'Herbeville (t. IV, p. 600).

X. Remercient le roi au sujet de l'édit :

Noblesse du bas Limousin (t. III, p. 679), et tiers de la sénéchaussée de Montpellier (t. IV, p. 55).

XI. Demandent que les États-Généraux *prennent en considération* l'édit :

Noblesse du bailliage de Coutances (t. III, p. 54); de Paris (t. V, p. 273).

XII. Demandent pour l'édit la *sanction* des États :

Tiers du bailliage d'Évreux (t. III, p. 300); noblesse du Poitou (t. V, p. 396); tiers du bailliage d'Elbeuf (t. V, p. 622).

XIII. Demande que l'*assentiment de la nation* soit *renouvelé* au sujet de l'édit :

Commune de la Ciotat (t. VI, p. 323).

XIV. Demandent qu'il soit *statué* sur l'état des non-catholiques :

Noblesse et tiers de Rouen (t. V, pp. 596 et 605).

XV. Demande que les sujets non-catholiques jouissent du droit de cité :

Tiers du Berry (t. II, p. 324).

XVI. Demandent d'une manière générale la tolérance civile :

Noblesse du Boulonnois (t. II, p. 424); trois ordres de Bayonne (t. III, p. 100); noblesse du bailliage de Montargis (t. IV, p. 23).

¹ Zamboni, *Collectio declarationum...*, t. II, p. 432, note.

On finit cependant par trouver un détour. Le clergé orthodoxe engagea les catholiques à se marier en premier lieu devant leur véritable pasteur, et à déclarer ensuite leur union devant le juge laïque, conformément aux dispositions de l'édit de 1787; recommandation expresse leur était faite toutefois de ne laisser insérer dans l'acte aucune clause qui pût les faire considérer comme protestants¹. Ils contractaient alors, comme aujourd'hui, un double mariage : l'un, nul aux yeux de la loi civile, mais régulier au point de vue religieux; l'autre, nul devant la loi religieuse, mais valable selon le droit civil.

La constitution des 3-14 septembre 1791 vint encore leur donner un moyen de contracter une union valable sans le concours du prêtre constitutionnel.

« La loi, disait l'art. 7, titre 11, ne considère le mariage que « comme contrat civil. »

On se maria donc par simples paroles de présent, devant un officier public quelconque, toujours après avoir reçu la bénédiction nuptiale. Quelques notaires, à Limoges, reçurent ainsi des actes de mariage²; on vit même à Paris, deux huissiers, les sieurs Ratry et Loré, en tenir « boutique ouverte » sur le Port au blé³.

¹ Jager, *Hist. de l'Eglise catholique en France*, t. XIX, p. 368.

Il ne serait pas impossible qu'avant 1789 un certain nombre de catholiques peu croyants eussent déjà profité de cet édit pour contracter un mariage purement civil. Le clergé de la sénéchaussée de Montpellier demande, en 1789 : que le juge ne puisse recevoir les mariages des non-catholiques « qu'autant que chaque partie portera un certificat du curé de leur non-catholicité » (*Archives parlementaires*, t. II, p. 346).

² Viолет, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 366.

³ Desforges, *Étude historique sur la formation du mariage*, p. 259, note 3.

Le décret de 1792 reconnut la validité de ces mariages; il ordonna seulement aux personnes qui se seraient ainsi mariées de venir, dans la huitaine, déclarer leur mariage devant l'officier public de la municipalité de leur domicile.

Cette situation anormale ne se prolongea pas très longtemps. Le 15 février 1792, un projet de loi relatif au « mode de constater l'état civil des citoyens » fut présenté à l'Assemblée législative¹; il confiait cette mission aux municipalités. Cette proposition toutefois rencontra une assez vive résistance : certains députés voulaient charger de ce soin, qui les juges de paix, qui les instituteurs, qui les notaires, qui même des fonctionnaires spéciaux salariés par l'État. On finit cependant par revenir au système du comité de législation².

Le décret des 20-25 septembre 1792 reproduisit, dans leurs grandes lignes, les dispositions de l'édit de 1787.

L'acte de mariage devait être reçu, dans la maison commune, par un officier public, nommé par le conseil général de la commune. Ce conseil, aux termes du décret du 14 décembre 1789, était composé du maire, des officiers municipaux et d'un nombre de notables double de ces derniers.

Les parties se rendraient, accompagnées de quatre témoins, dans la salle publique, où l'officier de l'état civil donnerait lecture des actes de naissance, consentement des père et mère, certificats de publications, etc.

Le mariage serait ensuite contracté par la déclaration que ferait chacune des parties en ces termes : Je déclare prendre N. en mariage.

L'officier public prononcerait alors au nom de la loi qu'elles étaient unies en mariage; il dresserait du tout un acte signé par les parties, leurs pères, mères et parents présents, les témoins et l'officier lui-même.

Le mariage devait être précédé, à huit jours de distance, d'une publication faite le dimanche à midi, devant la porte principale de la maison commune.

¹ *Moniteur* du 16 février.

² Séances des 10 avril et 22 juin 1792.

C'était toujours, on le voit, la distinction du contrat, et du sacrement qui inspirait la législation : il importe cependant de noter ici une tendance qui ira toujours en se développant jusqu'à la rédaction du Code. L'officier public chargé de recevoir le consentement des époux se contentait, en 1787, de *déclarer* qu'ils étaient unis; en 1792, il *prononce* : entre ces deux expressions, il y a déjà une nuance. On tend à donner un rôle actif à l'officier public, à faire de lui le ministre d'une sorte de sacrement laïque. A partir de l'an II, le législateur ne parle déjà plus que de *célébration* du mariage¹.

La constitution du 5 fructidor an III bouleversa complètement l'organisation municipale. Elle ne laissa d'administration distincte qu'aux communes renfermant plus de 5,000 habitants; les autres ne possédèrent plus qu'un agent municipal et un adjoint. La réunion de tous les agents et adjoints de chaque canton formait une municipalité de canton.

Une loi du 13 fructidor an VI décida que les mariages ne pourraient plus être célébrés que le décadi, et au chef-lieu du canton; c'était le président de cette dernière municipalité qui devait recevoir l'engagement des époux.

La loi du 28 pluviôse an VIII confia cette mission aux maires et adjoints.

Le Code civil modifia peu les règles posées par la loi de 1792 pour la célébration du mariage; nous allons examiner successivement les formalités dont il prescrit l'observation — soit en France — soit à l'étranger.

Tout mariage doit être précédé de publications faites deux dimanches consécutifs, devant la porte de la maison commune; extrait d'un acte constatant cette publication doit rester affiché à la porte de ladite maison pendant les huit jours qui séparent les deux publications.

¹ Voir notamment un décret du 25 vendémiaire an II.

Le procureur de la République peut, pour cause grave, dispenser de la seconde publication.

Les publications doivent être faites dans les communes où chacun des futurs époux a son domicile ordinaire; si, depuis six mois, les époux résident hors de leur domicile, elles doivent en outre être faites au lieu de leur résidence.

Enfin, si les futurs conjoints ou l'un d'eux n'ont pas encore atteint leur majorité matrimoniale, les publications doivent encore être faites au domicile des ascendants ou de la tutelle.

Le mariage ne peut être célébré que deux jours francs après la dernière publication.

Il peut avoir lieu soit dans la commune où l'un des époux a son domicile ordinaire, soit dans celle où il réside d'une manière continue depuis six mois. Disons cependant que, malgré les paroles fort claires de Tronchet¹, un certain nombre d'auteurs ont toujours soutenu qu'il devait nécessairement être contracté dans la commune où l'un des époux résidait depuis six mois².

Les officiers publics compétents pour recevoir les actes de l'état civil sont, depuis la loi du 28 pluviôse an VIII, les maires. Le décret du 4 juin 1806 leur a permis de déléguer une partie de leurs fonctions aux adjoints. Les lois du 18 juillet 1837 les a autorisés, en cas d'absence ou d'empêchement de ces derniers, à faire la même délégation à un conseiller municipal dans l'ordre du tableau; ils ne sont plus astreints à suivre cet ordre depuis la loi du 5 avril 1884.

Si le maire se trouve absent ou empêché, il doit, aux termes

¹ Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 342.

² Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code*, t. I, p. 181; Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I, p. 132; Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code*, t. I, n° 588; Duranton, *Cours de droit français*, t. II, nos 220 et suiv.; Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, nos 412 et suiv.

des lois du 21 mars 1831, du 5 mai 1855 et du 5 avril 1884, être suppléé par un adjoint dans l'ordre des nominations, et à défaut d'adjoints, par un conseiller municipal pris dans l'ordre du tableau; la dernière loi permet cependant au conseil municipal de désigner au maire un suppléant sans l'astreindre à suivre cet ordre.

Le mariage doit être célébré publiquement, à la maison commune, en présence de quatre témoins. Les futurs conjoints se présentent devant l'officier public qui leur fait lecture, comme sous la loi de 1792, des certificats de publications, actes de naissance, etc.; il y ajoute aujourd'hui celle du chapitre VI du titre *Du mariage : des droits et des devoirs respectifs des époux*. Cette innovation fut introduite sur la proposition de Tronchet; Bonaparte l'accueillit avec empressement; il espérait « que la « lecture proposée laisserait dans l'esprit des époux des souvenirs qui les porteraient à interroger la loi comme leur régulatrice, lorsque, pendant le cours de leur mariage, il surviendrait entre eux quelques difficultés¹. »

Il reçoit ensuite de chacune des deux parties la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, et prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage.

Acte du tout est dressé en double original.

Aux termes de l'article 191, « tout mariage qui n'a point été « contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant « l'officier public compétent, peut être attaqué... par tous ceux « qui y ont un intérêt... »

La clandestinité ne peut jamais résulter du seul défaut de publications²; l'article 191 se contente de prononcer, à raison

¹ Locré, *Législation civile*, t. III, p. 89.

² Grenoble, 27 février 1817 (S. C. N. 5.2.245); Riom, 10 juillet 1829 (S. C. N. 9.2.297).

Contrà, Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. I, p. 408.

de cette omission, une amende tant contre l'officier public que contre les parties contractantes, ou ceux en la puissance desquels elles se trouvaient quant au mariage.

Il résulte de la combinaison des articles 163, 192 et 193, que le législateur a entendu laisser aux tribunaux la faculté d'apprécier si, par suite de l'omission d'une ou de plusieurs des autres formalités, le mariage, en fait, a été clandestin¹.

La nullité ne résulte donc pas nécessairement, ni de la seule absence du nombre des témoins exigé par la loi², ni de cette circonstance que le public n'a pas été admis à la cérémonie, ni du simple fait de la célébration hors de la maison commune³.

En reconnaissant, dans son *Exposé des motifs*, la validité des mariages *in extremis*, Portalis du reste a implicitement reconnu au maire le droit de se transporter chez un particulier⁴. Plusieurs décisions ministérielles, en date des 11 mai et 3 juillet 1811, 21 juillet 1818, 28 janvier 1822 et 15 octobre 1852, ne leur permettent toutefois d'agir ainsi que si l'un des futurs époux est atteint de maladie ou d'infirmités graves, dûment constatées par l'attestation d'un médecin⁵.

¹ Cassation, 22 juillet 1807 (S. C. N. 2.1.412); 21 juin 1814 (S. C. N. 4.1.584); Lyon, 25 août 1831 (S. 32.2.357); Paris, 13 août 1851 (S. 51.2.465); 5 janvier 1852 (S. 52.2.14); Lyon, 10 avril 1856 (S. 56.2.706); Agen, 28 février 1857 (S. 57.2.215).

Toute la doctrine est conforme.

² Cassation, 21 juin 1814 (S. C. N. 4.1.384); Grenoble, 27 février 1817 (S. C. N. 3.2.245).

Contrà, Caen, 13 juin 1819 (S. C. N. 6.2.88). Le mariage avait été célébré en présence de trois femmes.

³ Cassation, 22 juillet 1807 (S. C. N. 2.1.413); Cassation, 21 juin 1814 (S. C. N. 4.1.584); Grenoble, 23 février 1815 (S. C. N. 5.2.21); Toulouse, 26 mars 1824 (S. C. N. 7.2.334); Riom, 10 juillet 1829 (S. C. N. 9.2.297); Aix, 18 août 1870 (S. 72.2.69).

⁴ Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 507.

⁵ Collier, *Tenue de l'état civil en France*, nos 170 et 172.

L'officier public peut se trouver incompétent à raison de deux circonstances :

1° L'un des conjoints ne se trouvait pas domicilié dans sa commune, ou n'y avait pas une résidence de six mois.

2° Lui-même, bien que compétent *ratione personæ*, a procédé au mariage hors du territoire de sa commune.

Dans ces deux cas, il appartient encore aux tribunaux de décider si, en fait, l'irrégularité peut être jugée assez grave pour faire annuler le mariage¹.

L'article 191 parle seulement du mariage qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent : il ne peut donc être appliqué à l'union contractée devant un individu autre qu'un officier d'état civil. Les plus récents interprètes décident que, dans cette hypothèse, le mariage serait inexistant ; disons seulement ici qu'il nous paraît nul d'une nullité absolue et obligatoire².

¹ Pour la première hypothèse, Grenoble, 27 février 1817 (S. C. N. 5.2.245) ; Paris, 5 janvier 1832 (S. 52.2.14) ; Colmar, 27 février 1852 (S. 52.2.488).

Pour la seconde : Bourges, 22 mai 1822 et Cassation, 31 août 1824 (S. C. N. 5.1.527).

Sic, Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. III, n° 207 ; Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n° 482.

MM. Aubry et Rau voient dans l'incompétence purement territoriale un simple élément de clandestinité, t. V, § 467, texte et note 20.

² Une hypothèse assez délicate s'est présentée en 1883 : Un maire avait, hors le cas d'empêchement des adjoints, délégué ses fonctions à un conseiller municipal sans suivre l'ordre du tableau : quelle était la valeur du mariage célébré par ce dernier ? Nous voulons parler, on l'a deviné, de cette affaire des mariés de Montrouge, qui eut un si grand retentissement.

Cinq solutions ont été proposées :

A. Le tribunal de la Seine, par jugement du 23 février 1883 (S. 84.1.5), a décidé que ces mariages étaient nuls d'une nullité absolue. La délégation étant irrégulière, le conseiller municipal n'avait pas plus de pouvoirs que n'en aurait eu un simple particulier.

Les unions contractées à l'étranger ne sont naturellement pas astreintes aux mêmes formalités ; il importe de noter ici que la fiction d'exterritorialité qui couvre l'hôtel des agents diplomatiques ne saurait aller, à ce point de vue spécial, jusqu'à les faire envisager comme territoire étranger¹.

Les Français qui désirent se marier hors de leur patrie ont le choix entre deux moyens. Ils peuvent en premier lieu faire célébrer leur union par les agents diplomatiques ou consuls français, suivant les formes prescrites par le Code ; ce mode de mariage ne leur est pourtant accessible, que si tous deux appartiennent à la même nationalité : l'article 48 reconnaît compétence aux agents diplomatiques seulement pour l'état civil des Français².

Cette opinion, généralement repoussée aujourd'hui, nous paraît cependant la plus juridique.

B. Un second système croit qu'il faut appliquer ici les articles 191 et suivants : le législateur n'a fait nulle part la distinction que propose la doctrine entre l'incompétence absolue du célébrant, et l'incompétence relative de l'officier d'état civil.

C. Une troisième opinion, tout en reconnaissant la nullité du mariage, croit que l'on peut invoquer ici l'axiome : *error communis facit jus*.

D. M. le procureur général Barbier a soutenu, devant la Cour de cassation, que ces mariages étaient valides. La loi de 1792 a posé, en matière d'état civil, le principe de la délégation libre par les municipalités ; la loi de pluviôse an VIII a simplement fait passer entre les mains du maire tout ce qui concernait l'état civil. Le décret de 1806, les lois de 1837 et de 1855, sur la délégation s'appliquent seulement aux fonctions administratives.

E. La Cour de cassation (7 août 1883, S. 84.1.5), et la cour de Paris (20 août 83, S. 84.2.20) reconnurent également la validité de ces mariages, mais pour des raisons quelque peu différentes. Les municipalités ont reçu de la loi de 1792, le principe d'une aptitude générale à remplir les fonctions d'officier de l'état civil. Les règles posées en matière de délégation par les lois sus-visées, s'appliquent aussi bien à ces fonctions qu'aux autres, mais elles sont dépourvues de toute sanction.

¹ Paris, 6 avril 1869 (S. 70.2.178) ; Tr. Seine, 2 juillet 1872 (S. 72.2.248),

² Cass., 10 août 1819 (S. C. N. 6.1.111).

L'article 170 leur reconnaît en outre le droit de se marier suivant les formes usitées dans le pays; une double obligation leur est imposée, ils doivent :

1° Faire précéder leur mariage de publications en France.

2° Dans les trois mois qui suivront leur retour en France, faire transcrire l'acte de célébration sur les registres du lieu de leur domicile.

Il a toujours été admis sans difficulté aucune, que l'omission de cette seconde formalité ne pouvait pas entraîner la nullité du mariage¹.

L'interprétation de l'article 170 au contraire, a suscité de vives controverses.

Dans les premières années qui suivirent la promulgation du Code, la jurisprudence décida presque toujours que le défaut de publications en France avait pour sanction nécessaire la nullité du mariage². Elle invoquait le texte même de notre article. « Le mariage sera valable..... *pourvu* qu'il ait été précédé des « publications prescrites par l'article 163; » donc *a contrario*, le mariage sera nul lorsque ces publications auront été omises.

Mais vers 1840, elle adopta un second système, enseigné déjà par Merlin³, Toullier⁴, Duranton⁵, etc. Le mariage, décide-t-elle depuis lors, n'est pas nécessairement nul parce

¹ Cass., 12 février 1833 (S. 33.1.195); Bordeaux, 14 mars 1850 (S. 52.2.661); Nîmes, 23 février 1858 (S. 58.2.385); Lyon, 21 juin 1871 (S. 72.2.201); Tr. de Nice, 1^{er} décembre 1873 (sous Cass.), 28 décembre 1874, S. 75.1.347).

² Colmar, 2 janvier 1823 (S. C. N. 7.2.147); Paris, 10 décembre 1827 (S. C. N. 8.2.422); Paris, 4 juillet 1829 (sous Cass., 9 mars 1831); Montpellier, 15 janvier 1839 (S. 39.2.246); Cass., 17 août 1841 (S. 41.1.681).

Dans les espèces suivantes, il y avait à la fois omission de publications et d'actes respectueux : Paris, 30 mai 1829 (S. C. N. 9.2.275); Cass., 6 mars 1837 (S. 37.1.177); Rennes, 6 juillet 1840 (S. 40.2.397).

³ Répertoire, v^o Bans de mariage, n^o 2.

⁴ Droit civil français, t. I, n^o 578.

⁵ Cours de droit français, t. II, n^{os} 237 et 238.

qu'il n'a pas été précédé de publications, mais les tribunaux doivent en prononcer la nullité, si cette omission n'a eu d'autre but que de le rendre clandestin¹.

L'argument *a contrario* est en effet inadmissible; les mots *pourvu que* gouvernent deux propositions; pourvu que le mariage ait été précédé de publications; pourvu que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent. Or, au nombre de ces dispositions se trouve celle relative à la notification d'actes respectueux : nul n'oserait prétendre que leur omission pût jamais faire annuler un mariage.

Depuis bientôt cinquante ans, cette théorie règne sans conteste en jurisprudence; la doctrine presque tout entière s'y est également ralliée.

Nous préférons cependant un troisième système, généralement enseigné aujourd'hui par les auteurs de droit international : nous croyons que la nullité du mariage ne peut jamais résulter du défaut de publications.

Il est à remarquer, en effet, que le législateur ne donne pas aux tribunaux, dans l'article 170, la même faculté d'appréciation qu'il leur confie dans l'article 193. Les dispositions de notre texte sont, il est vrai, assez peu claires, mais en tout cas, elles ne sont pas susceptibles de plus ou de moins. Il faut donc à la question une solution franche : mariage toujours nul ou toujours valable; nous avons vu tout à l'heure qu'il ne pouvait être toujours nul : la conclusion se tire naturellement. Lorsqu'il s'agit de défaut de publications, le droit commun est constitué par l'article 192 : nous ne croyons pouvoir nous en écarter sans un texte plus formel.

¹ Nous ne citerons que les arrêts de cassation : 18 août 1841 (S. 41.1.872); 9 novembre 1846 (S. 47.1.55); 20 mars 1854 (S. 54.1.293); 19 février 1866 (S. 66.1.206); 20 novembre 1866 (S. 66.1.442); 28 décembre 1874 (S. 75.1.347); 8 mars 1875 (S. 75.1.171); 14 décembre 1880 (S. 81.1.349).

CHAPITRE X.

DE L'ACTION EN NULLITÉ.

Nous n'insisterons pas ici sur la procédure de l'action en nullité devant les tribunaux ecclésiastiques; une telle étude nous entraînerait beaucoup trop loin.

Disons seulement qu'au xvii^e siècle, l'action devait être portée devant le tribunal de l'ordinaire, c'est-à-dire de l'évêque; on pouvait interjeter appel de l'évêque au métropolitain, et de celui-ci au primat.

Les conjoints seuls étaient admis à demander l'annulation de leur mariage pour cause d'erreur, de violence, de rapt ou d'impuissance. En cas de bigamie, ce droit était réservé à la partie intéressée. Toute personne était admise à proposer les autres cas de nullité; elle devait prouver toutefois, sous peine de se voir elle-même poursuivie, qu'elle n'avait connu l'empêchement que postérieurement aux publications¹.

Nous avons vu plus haut que dans le cours du xvii^e siècle, les officialités perdirent peu à peu, en fait, toute juridiction sur le mariage : on préférait généralement saisir, par la voie de l'appel comme d'abus, la grand'chambre des Parlements. Les parties gardaient toujours, en principe, le choix entre les deux voies : la jurisprudence néanmoins ne reconnaissait pas aux

¹ Fleury, *Institution au droit ecclésiastique*, t. I, p. 294.

tribunaux ecclésiastiques le droit de connaître des demandes fondées sur l'impuberté, ou le défaut du consentement des parents¹.

Les époux avaient le droit d'invoquer toutes les causes de nullité quelconque; divers fins de non-recevoir pouvaient cependant leur être opposées :

1° Le mineur devenu majeur n'était pas reçu à demander la nullité de son mariage pour défaut de consentement de ses parents².

2° La nullité résultant de la violence se couvrait par la cohabitation³.

3° Enfin, on déclarait généralement non-recevable l'époux qui invoquait le défaut de présence du propre curé, s'il ressortait des faits de la cause qu'il cherchait seulement un prétexte pour rompre ses engagements. La demande était toujours accueillie si l'époux désirait seulement faire rectifier, par une célébration nouvelle, le vice qui entachait son mariage⁴.

Les ascendants pouvaient intenter l'action en nullité lorsque le mariage était clandestin ou qu'il avait été contracté sans leur consentement.

Quant aux collatéraux, on leur reconnut seulement, dans les

¹ Le Prestre (*Questions notables de droit décidées par plusieurs arrêts de la cour de Parlement*, 1679, in fol.) cite d'après Fevret plusieurs arrêts du Parlement de Dijon, en date des 16 juillet 1584, 14 mars 1585, 29 avril 1595, 8 janvier 1601, 31 janvier et 14 février 1628, 17 mars 1651. Nous les avons vainement cherchés dans l'édition du *Traité de l'abus* de 1736.

Cf. encore Brillou, *Dictionnaire des arrêts*, t. IV, v° *Mariage*, n° 117.

² Paris, 21 mars 1687; Guyot de Pitaval, *Causes célèbres*, t. IX, p. 594.

³ Pothier, *Tr. du contrat de mariage*.

Sœlve rapporte néanmoins un arrêt du 29 mars 1651 qui annule un mariage pour cause de violence, malgré une cohabitation de plusieurs années et la naissance de deux enfants. *Nouveau recueil de plusieurs questions notables*, t. I, p. 307.

⁴ Guyot, *Répertoire*, v° *Mariage*, t. XI, pp. 366 et suiv.

premières années du XVIII^e siècle, le droit de critiquer la validité d'un mariage; encore ne leur permit-on pas d'invoquer toutes les causes de nullité.

Les avocats généraux distinguèrent alors en effet deux catégories de moyens d'abus : les uns *relatifs*, ouverts seulement aux personnes en faveur desquelles ils avaient été créés; les autres *absolus*, accessibles à tout collatéral intéressé. Ces derniers étaient : le défaut de présence du propre curé, le défaut de concours des deux curés, l'absence de publication de bans entre mineurs¹.

Les collatéraux ne pouvaient jamais attaquer un mariage du vivant même des deux conjoints; ils devaient attendre que, par la mort de l'un d'eux, ils eussent un intérêt actuel à critiquer le mariage, afin d'écarter les enfants de la succession². On les déclarait généralement non-recevables lorsque les parents avaient gardé le silence, et que le mariage se trouvait couvert par une longue possession d'état. La jurisprudence alla même quelquefois très loin dans cette voie : un arrêt du Parlement de Paris, du 22 août 1768, déclara un collatéral non-recevable à demander la nullité d'un mariage qui n'avait pas duré deux ans³.

Le ministère public pouvait toujours poursuivre lorsque le vice dont se trouvait entaché le mariage constituait un scandale⁴.

Lorsqu'un mariage se trouvait nul à raison de quelque défaut de forme, les promoteurs des officialités prirent l'habitude, à la fin du XVI^e siècle de poursuivre d'office, et de contraindre

¹ Daguesseau, *Cinquante-septième plaidoyer*, ap. *Œuvres*, 1819, t. V, p. 399; Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, t. IV, v^o *Mariage*, n^{os} 32, 75 et 76; Guyot, *Répertoire*, v^o *Mariage*, t. XI, p. 369.

² Brillon, v^o *Mariage*, n^o 18; Guyot, v^o *Mariage*, p. 368.

³ Guyot, v^o *Mariage*, pp. 370 et 371.

⁴ Pothier, *Tr. du contrat de Mariage*, n^o 451.

ensuite les conjoints à faire réhabiliter leur union. La jurisprudence décida toujours qu'il y avait abus dans cette manière de procéder¹. Néanmoins, en 1697, la déclaration du 15 juin permit formellement aux promoteurs, « lorsque les procureurs et les « parties intéressées ne feraient aucune procédure, faire assi-
« gner devant les évêques les personnes qui vivent ensemble,
« et qui n'ont point été mariées par les curés de leurs paroisses,
« à l'effet de procéder à la réhabilitation de leurs mariages dans
« les formes prescrites par les saints canons et par les ordon-
« nances². »

Les premiers commentateurs du Code n'avaient reconnu dans ses articles que des nullités absolues et des nullités relatives.

Marcadé enseigna le premier qu'il distinguait des mariages simplement nuls, et des mariages inexistants³; adoptée, bien qu'avec une certaine hésitation, par Demolombe⁴, cette opinion domine aujourd'hui en doctrine. La jurisprudence a toujours refusé de s'y rallier.

Trois circonstances, s'il faut en croire les auteurs, rendraient le mariage inexistant :

- 1° L'identité de sexe;
- 2° Le défaut absolu de consentement;
- 3° Le défaut de présence d'un officier d'état civil.

¹ Le Parlement de Paris rendit encore un arrêt en ce sens le 16 février 1673; *Journal des audiences*, t. III, p. 553.

² Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XX, p. 294.

³ *Explication théorique et pratique du Code*, t. I, nos 618 et suiv.

⁴ Demolombe reconnaît, « qu'il n'est pas très certain qu'elle se soit fait « définitivement reconnaître au Conseil d'État. » *Cours de Code Napoléon*, t. III, n° 239.

Plus récemment encore, M. Laurent écrivait : « Le Code a-t-il consacré la « doctrine des actes inexistants? — La question est très douteuse. » *Principes de droit civil*, t. II, n° 274.

Le mariage inexistant différerait du mariage simplement nul à cinq points de vue :

1° Les tribunaux devraient se contenter d'en reconnaître l'inexistence au lieu d'en prononcer la nullité.

2° L'inexistence pourrait être virtuelle; aucune nullité ne devrait être prononcée que sur un texte formel.

3° L'inexistence pourrait être invoquée par toute personne intéressée; ne peuvent au contraire invoquer une nullité que ceux à qui ce droit est expressément conféré.

4° L'inexistence serait imprescriptible.

5° Le mariage inexistant ne pourrait être déclaré putatif¹.

Ces différences, sauf toutefois la dernière, ne sont pas en réalité aussi sérieuses qu'elles le paraissent de prime abord.

Que le tribunal reconnaisse l'inexistence d'un mariage ou qu'il en prononce la nullité, la distinction, en théorie, peut avoir sa valeur; elle se réduit, en pratique, à une pure question de mots.

Au chapitre des demandes en nullité de mariage, le Code prévoit un certain nombre d'hypothèses : dans les unes, il accorde l'action à tous les intéressés (art. 184 et 191); dans les autres, au contraire, il détermine limitativement quels individus pourront l'intenter (art. 180 et 182). Il est évident que, dans ce dernier cas, l'action en nullité n'appartient à aucune autre personne².

¹ Ce point n'est admis ni par Marcadé, t. I, nos 691 et 692, ni par Demolombe, *Cours de Code civil*, t. III, n° 356.

² Dijon, 3 juillet 1807 (S. C. N. 2.2.272); Cass., 9 janvier 1821 (S. C. N. 6.1.359); Douai, 12 juillet 1838 (S. 39.2.256); Cass., 5 novembre 1839 (S. 39.1.369); Cass., 12 novembre 1839 (S. 39.1.826); Cass., 18 août 1841 (S. 41.1.872); Cass., 12 novembre 1844 (S. 45.1.246); Bourges, 1^{er} février 1845, et Cass., 9 novembre 1846 (S. 47.1.35); Bordeaux, 14 mars 1850 (S. 51.1.136); Colmar, 27 février 1852 (S. 52.2.488); Nîmes, 23 février 1858 (S. 58.2.385); Bordeaux, 25 juin 1884 (S. 84.2.201); Cass., 9 novembre 1887 (S. 87.1.465).

Mais s'il y avait identité de sexe entre les deux prétendus conjoints, si l'échange des consentements n'avait pas eu lieu en présence d'un officier public, il est évident que cette union ne pourrait avoir aucune valeur.

Si elle est inexistante, l'action en déclaration d'inexistence appartient à toute personne intéressée.

Et si, comme nous le croyons, elle est simplement nulle, il doit encore en être de même : une telle nullité, bien plus grave encore que l'impuberté, la clandestinité ou l'incompétence de l'officier public, ne peut être qu'absolue.

De ce chef encore, point de différence entre le mariage inexistant et le mariage nul.

L'action en nullité de mariage, étant une action d'état, est, en principe imprescriptible¹. Cette solution nous paraît trouver un point d'appui des plus sérieux dans l'article 328.

On voit donc que, sauf en ce qui concerne le mariage putatif, aucune différence pratique ne séparerait le mariage inexistant du mariage nul.

La distinction que propose aujourd'hui la doctrine était absolument inconnue dans notre ancien droit : Pothier n'en fait nulle part mention. Les rédacteurs du Code ont-ils entendu innover ? Nous croyons que, ni dans le texte de la loi, ni dans les travaux préparatoires, rien ne vient révéler chez eux cette pensée.

Les arguments de nos adversaires sont au nombre de deux.

Ils invoquent en premier lieu la différence de rédaction des articles 146 et 180 :

Article 146 : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de
« consentement. »

¹ Demante, *Cours analytique*, t. I, n° 263 bis.

Article 180 : « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué, etc. »

L'article 146, dit-on, prévoit l'hypothèse où le consentement a fait absolument défaut : en ce cas, il n'y a pas de mariage, ou, si l'on préfère, il y a un mariage inexistant. L'article 180, au contraire, suppose qu'il a bien été donné un consentement, mais que ce consentement a été arraché par violence ou s'est trouvé entaché d'erreur : il y a bien alors un mariage, mais il peut être attaqué.

L'historique de ces deux articles, ajoute-t-on, vient encore démontrer qu'ils visent aux hypothèses absolument distinctes. Il ressortira, croyons-nous au contraire, de l'exposé des discussions auxquelles ils ont donné lieu, que l'article 180 développe seulement les conséquences du principe posé dans l'article 146 ; que par conséquent, lorsqu'il n'y a point de consentement... le mariage peut être attaqué... mais rien de plus.

L'article 4 du projet soumis le 13 septembre 1801 au Conseil d'État était ainsi conçu :

« Le mariage n'est pas valable, si les deux époux n'y ont pas donné un consentement libre.

« Il n'y a point de consentement :

« 1° S'il y a eu violence.

« 2° S'il y a eu erreur dans la personne...

« 3° S'il y a eu rapt...¹. »

Le Premier Consul trouva cette rédaction vicieuse : « Il n'y a pas de mariage, dit-il, où il n'y a pas de consentement libre ; l'article cependant semble supposer qu'il y a en ce cas un mariage, mais qu'il n'est pas valable³. » Napoléon voyait

¹ Loqué, *Législation civile*, t. IV, p. 312.

² *Ibid.*, p. 324.

donc un mariage inexistant dans les trois hypothèses où cet article reconnaissait seulement un mariage nul.

La discussion qui s'engagea sur ce point fut extrêmement confuse; elle s'égara presque immédiatement sur les conséquences du défaut d'observation des formes prescrites pour la manifestation du consentement.

Bigot de Préameneu la clôtura en faisant adopter la rédaction suivante :

Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement; il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne¹.

A la séance du 26 décembre la commission présenta la section II du chapitre III des demandes en nullité de mariage. L'article 2 déclarait :

La nullité résultant de ce qu'un mariage a été contracté par l'effet d'un rapt ou de la violence exercée par l'un des époux peut être invoquée soit par celui des époux qui a subi cette violence, soit par ses père et mère, aïeul et aïeule².

Bonaparte ne se déclara pas satisfait : « Il faut distinguer, dit-il, la violence dont l'effet a conduit la personne violentée devant l'officier de l'état civil, de toute autre espèce de violence. « Quand la violence a eu cet effet, il y a une apparence de mariage que la cassation doit détruire; dans tous les autres cas, « il n'y a pas même de mariage. »

Après un échange d'observations entre divers membres, Réal clôtura la discussion en déclarant « que la section n'avait pas « entendu dans cet article, définir la violence..... que son objet « était uniquement de désigner ceux qui.... pourraient réclamer, « et à qui la loi donnerait l'action. »

¹ Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 327.

² *Ibid.*, p. 334.

L'article 2 fut adopté¹.

Le Premier Consul revint encore le lendemain sur sa distinction favorite : il s'agissait, cette fois, du mariage contracté par le mort civil. Nous reproduisons le texte du procès-verbal :

« Le premier consul dit que l'article 6² paraît supposer un mariage quelconque de la part du mort civilement ; qu'il serait donc possible que ce mariage subsistât s'il n'était pas attaqué ; qu'ainsi , il vaut mieux ne pas parler de ces sortes de mariages. »

« M. Tronchet dit qu'on n'en parle que pour régler la manière dont ils peuvent être attaqués , et que l'objet de l'article est de décider à quelles personnes il appartient ou il n'appartient pas d'en demander la nullité ; qu'au reste, le mariage des morts civilement étant privé de tout effet civil, n'engage pas ceux entre lesquels il est formé³. »

L'article fut maintenu.

Cette importante question des mariages nuls ou inexistants fut agitée une dernière fois dans la séance du 15 décembre 1801. La discussion s'engagea au sujet de

« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement.

« Il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence ou erreur sur la personne. »

Nous préférons cette fois encore laisser la parole au procès-verbal :

« Le Premier Consul dit qu'on a distingué, dans les précédentes discussions, entre le cas où l'officier d'état civil supposerait un consentement qui n'aurait pas été donné, même

¹ Locré, *Législation civile*, t. I, p. 361.

² Voici le texte de cet article 6 :

« La nullité résultant de ce qu'un mariage aurait été contracté par une personne frappée de condamnation emportant mort civile, peut être réclamée par l'autre époux. » — Locré, p. 355.

³ Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 371.

« forcément, et le cas où il y aurait eu un consentement non
« libre : on a dit que, dans le premier cas, il n'y a pas de ma-
« riage, que dans le second, il y a un mariage, mais qui peut
« être déclaré nul. »

« On a également distingué entre l'erreur sur l'individu phy-
« sique et l'erreur sur ses qualités civiles; et il a été reconnu
« qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'un autre individu est subs-
« titué à celui que l'on a consenti d'épouser; qu'au contraire il
« y a mariage, mais mariage susceptible d'être cassé, lorsque
« l'individu étant d'ailleurs physiquement celui sur lequel ce
« consentement a porté, n'appartient cependant pas à la famille
« dont il a pris le nom.

« Les articles 2 et 3 ne sont pas conformes à cette opinion du
« conseil. En effet, l'article 3 ne défend de contracter un second
« mariage que quand il y en a eu un premier qui n'est pas dis-
« sous; l'article 2 décide qu'il n'y a pas eu de premier mariage
« lorsqu'il n'y a pas eu de consentement; et, confondant en-
« suite tous les cas, déclare qu'il n'y a pas de consentement, ni
« par conséquent de mariage, toutes les fois qu'il y a eu erreur
« ou violence¹. »

Bonaparte estimait donc, en dernière analyse, qu'il y avait mariage inexistant dans trois circonstances :

1° Lorsque le mariage avait été contracté par un mort civil. — La déclaration de Tronchet, que nous avons reproduite il y a un instant, montre assez que le Conseil d'État regardait ce mariage comme simplement nul.

2° Lorsque l'officier d'état civil avait supposé un consentement qui, en réalité, n'avait jamais été donné. — Il fut admis sans difficulté aucune, dans la séance du 15 décembre, qu'il ne pouvait, en cette circonstance, être question de mariage : il

¹ Locré, *Législation civile*, t. IV, pp. 437-438.

existait seulement un acte faux, dont il fallait poursuivre la suppression par la voie du criminel.

3° Enfin, lorsque devant l'officier public, il y avait eu substitution de personne.

Quant à ce dernier point, après une longue discussion sur le sens qu'il convenait de donner au mot erreur, le conseil vota la suppression pure et simple du second alinéa de l'article 2¹.

Mais le tribun Boutteville, en présentant au Corps législatif le titre *du Mariage*, déclara suffisamment que la distinction proposée par Bonaparte n'avait pas été admise : « L'une des « premières règles, dit-il, est celle si importante par son éten- « due et sa précision. Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas « de consentement. L'article 180 du projet n'est que le déve- « loppement et la conséquence de cette disposition; il n'y a pas « de consentement s'il n'a été parfaitement libre, s'il a été l'ef- « fet de la violence ou de l'erreur². »

En résumé, il est certain que le Premier Consul voulut, à diverses reprises, distinguer des mariages simplement nuls et des mariages inexistants. Il nous paraît non moins certain que les conseillers d'État, jurisconsultes de la vieille école, n'ont pas entendu abandonner les errements de Pothier. Nous ajouterions même, si nous osions dire le fond de notre pensée, qu'ils n'ont absolument rien compris à la théorie nouvelle qu'on leur proposait de sanctionner.

Ce qui nous paraît avoir amené la doctrine à créer cette distinction, fort ingénieuse sans doute, c'est l'exagération de ce principe tant de fois proclamé : en matière de mariage, pas de nullité sans un texte formel. Nulle part, le Code ne s'occupe du mariage qui aurait été contracté avec un individu de même sexe,

¹ Loqué, *Législation civile*, t. IV, p. 448.

² *Ibid.*, p. 558.

ou en dehors de la présence de tout officier d'état civil : on n'osa déclarer ces mariages nuls, on ne pouvait les tenir pour valables.

Il ne faut pas sans doute, surtout en une matière aussi grave, créer arbitrairement des nullités ou même simplement interpréter largement des dispositions irritantes; mais pourquoi ne pas admettre dans le titre du mariage comme dans les autres, des nullités virtuelles, ce que nous appellerions volontiers des nullités de bon sens? Pourquoi ne pas dire, comme le faisait notre ancien droit, comme le fait encore aujourd'hui le droit canonique, les mariages mentionnés plus haut sont simplement nuls? Le système que nous proposons, s'il ne peut invoquer en sa faveur aucune preuve positive, a du moins cet avantage qu'il ne prête pas gratuitement au législateur l'idée d'avoir introduit une innovation considérable dans cette partie de notre droit.

Nous croyons donc que le mariage est nul d'une nullité absolue :

1° Quand il y a identité de sexe entre les conjoints.

2° Lorsqu'il a été contracté hors la présence d'un officier de l'état civil.

Il ne nous semble pas qu'il faille en dire autant du mariage contracté par un individu en état de démence ou de fureur : l'historique des articles 146 et 180, que nous venons de faire, démontre suffisamment que les règles formulées dans ce dernier texte s'appliquent aussi bien au défaut de consentement qu'aux vices de consentement.

La jurisprudence a eu plusieurs fois à se prononcer sur la question du mariage inexistant. L'affaire se présenta chaque fois dans les mêmes conditions : des collatéraux, invoquant l'article 146, demandaient l'annulation, pour cause de démence, du mariage d'un de leurs parents.

Par deux premiers arrêts, en date du 9 janvier 1821 (S. C. N.

5.1.359), et 12 novembre 1844 (S. 45.1.246), la Cour de cassation se contenta de déclarer que les collatéraux ne pouvaient attaquer un mariage sans y être autorisés par un texte formel. Le 27 février 1852, la cour de Colmar jugea encore dans le même sens (S. 52.2.488).

Mais l'année suivante, un arrêt de la cour d'Alger, confirmant un jugement du tribunal de la même ville, admit, conformément à l'opinion déjà émise par Marcadé et Demolombe, que les articles 146 et 180 visaient deux hypothèses distinctes, et que le défaut absolu de consentement permettait aux collatéraux d'agir en nullité (21 avril 1853; S. 54.2.444).

La question resta trente ans sans se représenter. En 1884, la cour de Bordeaux se prononça d'une manière très nette en faveur de l'opinion que nous soutenons (25 juin; S. 84.2.201). La Cour de cassation, saisie de la même affaire, jugea également « que l'article 146... comprenait tout à la fois les cas où le consentement était le résultat d'une volonté oblitérée par la dé-
« mence, et ceux où il n'était donné qu'à la suite de violences
« physiques ou morales exercées sur les époux ou l'un d'eux,
« ou d'une erreur sur la personne avec laquelle l'un des époux
« avait déclaré vouloir s'unir » (9 novembre 1887; S. 87.1.457).

Les nullités de mariage peuvent encore aujourd'hui, comme sous l'empire de notre ancien droit, se diviser en deux catégories : nullités absolues et nullités relatives.

Les nullités absolues, expressément consacrées par le Code, sont au nombre de cinq :

- 1° L'impuberté;
- 2° L'existence d'un précédent mariage valable;
- 3° La parenté ou l'alliance au degré prohibé;
- 4° La clandestinité;
- 5° L'incompétence de l'officier public.

Nous avons vu plus haut qu'il fallait en reconnaître encore deux :

6° L'identité de sexe ;

7° Le défaut de présence de tout officier public.

Aux termes des articles 184 et 191, ces nullités peuvent être invoquées :

1° Par les époux eux-mêmes ;

2° Par tous ceux qui y ont intérêt ;

3° Par le ministère public.

On s'est demandé pendant un moment si, en cas de bigamie, l'époux coupable pouvait demander l'annulation de son second mariage; on alléguait la maxime : « nemo audiri debet pro-
« priam allegans turpitudinem. » En 1818, la question a été soumise à la Cour de cassation qui, vu la généralité des termes de l'article 184, a refusé d'admettre la fin de non-recevoir.

Aux termes de l'article 139, « l'époux absent, dont le con-
« joint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à
« attaquer ce mariage par lui-même ou par son fondé de pouvoir,
« muni de la preuve de son existence. »

Deux interprétations, diamétralement opposées, furent ensei-
gnées, dès la promulgation du Code : suivant Toullier, les dis-
positions de l'article 139 étaient absolues, et devaient recevoir
leur application même au cas de retour de l'absent¹; Delvincourt
pensait au contraire que l'article 184 reprenait son empire dès
que l'on établissait d'une manière certaine l'existence de l'ab-
sent au moment de la célébration du second mariage².

Ces deux systèmes partagent encore aujourd'hui la grande
majorité des auteurs : tous deux nous paraissent néanmoins
présenter d'assez graves inconvénients. Nous ne voyons pas
pourquoi, lorsque l'absent est de retour, lorsque la bigamie se
trouve ainsi manifeste, le ministère public lui-même serait im-
puissant à faire cesser un tel scandale. D'un autre côté, l'article

¹ *Droit civil français*, t. I, n° 485.

² *Cours de Code civil*, t. I, p. 411.

139 n'aurait aucune raison d'être dans le système opposé. La bigamie, en effet, consiste essentiellement dans la coexistence de deux mariages : celui qui invoque cette cause de nullité se trouve donc toujours dans l'obligation de prouver que la première union n'était pas dissoute lorsque la seconde a été contractée.

Nous préférons donc nous rallier à une troisième opinion proposée par MM. Aubry et Rau¹. Tant que l'absent ne sera pas de retour, nul, sinon son fondé de pouvoir, ne pourra critiquer la nouvelle union contractée par son conjoint : on peut craindre en effet que, sur la foi d'indices plus ou moins concluants, les tribunaux ne se laissent aller trop facilement à considérer l'absent comme vivant encore, et à prononcer ainsi la nullité d'un mariage valable. Mais lorsque l'absent sera de retour, un pareil danger n'existant plus, tous les intéressés recouvreront les droits que leur reconnaît en principe l'article 184.

Les personnes qui, aux termes de ce même article, ont intérêt à faire annuler un mariage, peuvent se diviser en deux catégories :

En premier lieu, les ascendants, à quelque degré qu'ils se trouvent. — Ils n'ont pas besoin, pour agir, d'un intérêt pécuniaire : cette particularité résulte clairement de l'opposition que fait l'article 191 entre eux et ceux qui ont un intérêt né et actuel. Ils peuvent, de plus, attaquer le mariage du vivant même des époux.

Viennent ensuite les collatéraux, les enfants nés d'une précédente union, et les autres intéressés quelconques. Un intérêt pécuniaire leur est indispensable pour qu'ils puissent attaquer le mariage.

L'article 187 déclare que l'action en nullité ne peut être in-

¹ *Cours de droit civil*, t. I, § 159, texte et note 3.

tentée « par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un « autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement « lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. »

Cet intérêt, en effet, ne prendra généralement naissance qu'au moment où s'ouvrira la succession de l'un ou l'autre des conjoints; ils auront alors intérêt à faire déclarer illégitimes les enfants issus du mariage afin de les réduire à la part successorale fixée par eux; mais il est généralement admis que l'existence des deux époux ne ferait pas obstacle à l'exercice de leur action, si elle était basée sur un intérêt actuellement ouvert¹. L'article 191 en effet, qui prévoit également une hypothèse où les collatéraux peuvent attaquer un mariage, se contente d'exiger qu'ils aient un intérêt né et actuel : on en conclut que les expressions de l'article 187 sont plutôt énonciatives que limitatives; le législateur a statué *de eo quod plerumque fit*.

Le ministère public a toujours qualité pour réclamer l'annulation d'un mariage entaché d'une nullité absolue. Il est nécessaire, toutefois, de distinguer ici deux ordres d'hypothèses : si le mariage est nul pour impuberté, bigamie ou inceste le ministère public doit en poursuivre la nullité : il y a là un véritable scandale que la loi lui impose l'obligation de faire cesser; si au contraire le mariage n'a pas été célébré devant l'officier public compétent ou se trouve entaché de clandestinité, l'article 191 se borne à déclarer qu'il peut agir : le législateur, en ce cas, s'en remet à sa prudence.

Dans tous les cas, il doit agir du vivant même des deux époux,

¹ Il en serait ainsi dans l'hypothèse proposée par Demolombe : « Primus « meurt laissant un frère et un fils marié qui a lui-même un enfant. Le fils « est renonçant ou indigne, et par conséquent la succession va être dévolue « au petit-fils à l'exclusion du frère du défunt. Le frère a dès ce moment in- « térêt à demander la nullité du mariage pour écarter cet enfant de la suc- « cession. *Cours de Code Napoléon*, t. III, n° 307.

son action n'ayant d'autre but, aux termes de l'article 190, que de les faire condamner à se séparer. Elle s'éteint donc par la mort de l'un d'eux, et, en cas de bigamie, par la mort du conjoint dont l'existence formait obstacle à la validité du second mariage.

Capable de poursuivre en première instance l'annulation d'un mariage, le ministère public a-t-il qualité pour interjeter appel d'un jugement qui aurait prononcé une nullité ?

En 1808 et 1809, les cours de Bruxelles et de Pau admirent l'affirmative. « Le pouvoir de demander la nullité d'un mariage, « déclara la première, contient celui d'agir en conservation du « titre à l'absence duquel la loi pourrait être violée dans ses « rapports avec l'intérêt politique et les mœurs » (Bruxelles, 1^{er} août 1808, S. C. N. 2.2.422; Pau, 28 janvier 1809, S. C. N. 3.2).

Il nous paraît cependant indiscutable que le ministère public ne jouissait pas alors de ce droit. L'article 2 du titre VIII du décret des 16-24 août 1790, était en effet ainsi conçu :

« Au civil, les commissaires du roi exerceront leur ministère, « non par voie d'action, mais seulement par celle de réquisition, « dans les procès dont les juges auront été saisis. »

L'article 190 apportait bien une exception à ce principe, mais, comme toute exception, il devait être interprété restrictivement.

Mais intervint alors la loi du 20 avril 1810, qui rendit la question beaucoup plus délicate. Son article 46 disposait en effet que :

« En matière civile, le ministère public agit d'office dans les « cas spécifiés par la loi. »

« Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions « qui intéressent l'ordre public. »

Le second paragraphe de cet article ne dérogeait-il pas au premier?

La Cour de cassation, par deux arrêts des 1^{er} août 1820 (S. C. N. 6.1.286) et 5 mars 1821 (S. C. N. 6.1.391), répondit négativement.

La doctrine toutefois se prononça généralement pour l'opinion contraire¹, qui fut admise en 1851, par la cour de Paris (13 août, S. 51.2.465). Récemment encore, le 7 février 1885, la cour de Chambéry s'est prononcée dans le même sens (S. 86.2.217).

Depuis quelques années cependant la doctrine revient sur l'opinion qu'elle avait primitivement adoptée². Nous partageons pleinement sa nouvelle manière de voir.

Il nous paraît inadmissible que le législateur, après avoir posé ce principe : le ministère public agit lorsque ce droit lui est expressément reconnu, ait entendu le détruire une ligne plus bas. S'il avait voulu étendre d'une manière aussi considérable les droits de ses représentants, leur permettre d'agir chaque fois que l'ordre public était intéressé, il se serait au moins expliqué d'une manière un peu plus claire, il eût sans doute défini ce qu'il fallait entendre par ordre public.

Diverses fins de non-recevoir, les unes absolues, les autres relatives, peuvent être opposées à l'action en nullité fondée sur l'impuberté :

Aux termes de l'article 185, nul ne peut plus attaquer un semblable mariage.

1^o Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les

¹ Toullier, *Droit civil français*, t. I, n° 648; Merlin, *Répertoire*, v° *Mariage*, sect. VI, § 3, n° 3; Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I, p. 149; Demolombe, *Cours de Code civil*, 1^{re} édition, t. III, n° 312.

² Allemand, *Traité du Mariage*, t. I, n° 517; Aubry et Rau, *Cours de Code civil*, t. V, § 458; Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n°s 497 et 498; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 2^e édition, t. III, n° 312.

époux, qui n'avaient pas encore l'âge requis, ont atteint leur puberté.

2° Si la femme seule était impubère, lorsqu'elle a conçu avant l'échéance de ce délai.

Le texte, assez mal rédigé, de l'article 180, semble dire à première lecture que la femme doit, pour faire écarter l'action en nullité, concevoir dans les six mois qui suivent le mariage. Cette manière de voir, si elle était admise, conduirait à de singuliers résultats : une femme mariée à quatorze ans, devenue enceinte à quatorze ans et sept mois, ne verrait pas couvrir la nullité de son mariage; il n'en serait autrement que si elle avait conçu un mois plus tôt; dans les deux cas pourtant, la preuve de la puberté est également acquise.

Il est bien évident que la grossesse de la femme ne pourrait constituer une fin de non-recevoir à l'action fondée sur l'impuberté du mari; il serait trop aisé à celle-ci de chercher dans l'adultère un moyen de rendre son mariage inattaquable.

La nullité de ce mariage ne peut jamais être proposée par le père, la mère, les ascendants et la famille qui y ont donné leur consentement. On admet généralement que par ce mot *famille*, il faut entendre les membres du conseil de famille, eux seuls en effet peuvent être appelés à consentir¹.

Lorsque la demande se base sur l'existence d'un premier mariage, on peut toujours lui opposer une exception tirée de la nullité de ce mariage.

Enfin, l'article 196 déclare que « lorsqu'il y a possession « d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier « de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement « non-recevables à demander la nullité de cet acte. »

¹ Marcadé, *Explication théorique et pratique*, t. I, n° 659; Demolombe, *Cours de Code civil*, t. III, n° 322; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. V, § 461.

Quelques auteurs ont soutenu que cet article s'appliquait, non pas au mariage lui-même, mais seulement à l'acte écrit qui le constatait¹. Cette opinion n'a cependant pas prévalu en doctrine, et elle n'a jamais été accueillie par la jurisprudence². Il est à remarquer, en effet, que le législateur ne sanctionne par la nullité aucune des prescriptions qu'il édicte pour la rédaction des actes de l'état civil; on ne comprendrait pas, du reste, si l'article 196 s'appliquait seulement à l'acte instrumentaire, que le législateur l'eût inséré au chapitre des demandes en nullité de mariage.

Cet article vise aussi bien le cas où le mariage n'a pas été contracté publiquement que celui où il a été célébré devant un officier d'état civil incompétent. On objecterait en vain que le législateur, en employant les termes *l'officier* de l'état civil et non *un officier* a voulu écarter cette dernière hypothèse; nous ne voyons pas pourquoi il eût ici voulu traiter différemment la clandestinité et l'incompétence, lorsque partout ailleurs il met ces deux vices sur le même rang³.

Il ressort des termes mêmes de notre article que la fin de non-recevoir est purement relative et peut être opposée seulement à la demande intentée par l'un des époux⁴.

¹ Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I, p. 439; Duranton, *Cours de droit français*, t. II, nos 250 et 252; Marcadé, *Explication théorique et pratique*, t. I, n° 673; Demante, *Cours analytique de Code civil*, t. I, n° 278 bis; Laurent, *Principes de droit civil*, t. III.

² Cassation, 8 novembre 1853 (S. 56.1.17); Paris, 24 avril 1874 (S. 75.2.49). Voir cependant Cassation, 26 juillet 1865 (S. 65.1.393).

³ *Contrà*, Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. 1, p. 443; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire théorique et pratique*, t. I, n° 343.

Il en serait autrement, croyons-nous, si le mariage avait été célébré par un individu autre qu'un officier d'état civil. Cf. Tr. de la Seine, 2 juillet 1872 (S. 72.2.248).

⁴ Montpellier, 15 janvier 1839 (S. 39.2.246); Lyon, 4 avril 1867 (S. 67.2.290).

Contrà, Gérardin, *Influence de la possession d'état sur la preuve du mariage*, ap. *Revue pratique*, 1866, t. I, pp. 257 et suiv.

En dehors de ces quelques hypothèses spéciales, l'action en nullité fondée sur la bigamie, l'inceste, la clandestinité ou l'incompétence est indescriptible : tous les auteurs sont d'accord sur ce point¹.

Les empêchements dirimants qui entraînent une nullité relative, sont au nombre de deux :

1° Absence ou nullité du consentement des époux;

2° Absence ou nullité du consentement des personnes en la puissance desquelles ils se trouvent placés quant au mariage.

L'époux qui n'a pas réellement consenti, ou dont le consentement se trouve entaché de violence ou d'erreur est seul recevable, dans le premier cas, à provoquer l'annulation de son mariage.

Lorsqu'il a recouvré l'intelligence, que la violence a cessé ou que l'erreur a été par lui découverte, la nullité se couvre :

1° Par la confirmation expresse²;

2° Par une confirmation tacite, résultant de la cohabitation continuée pendant six mois.

C'est toujours à l'époux qui, après plus de six mois de cohabitation, poursuit l'annulation de son mariage, à prouver que l'obstacle qui s'opposait à sa validité n'a pas disparu depuis plus de six mois³.

Lorsqu'un mariage a été contracté sans le consentement des père et mère, ascendants ou du conseil de famille par des époux qui n'avaient point leur majorité matrimoniale, la nullité qui en résulte peut être proposée :

1° Par l'époux qui avait besoin de ce consentement;

¹ Voir encore pour le mariage incestueux, Chambéry, 7 février 1885 (S. 86.2.217).

² Doctrine unanime.

³ Bordeaux, 20 février 1867 (S. 67.2.224); Cassation, 20 avril 1869 (S. 69.1.303).

2° Par celui ou ceux dont le consentement était requis.

L'époux ne peut plus attaquer son propre mariage :

1° Si, après avoir atteint sa majorité matrimoniale, il a laissé passer une année sans réclamation ;

2° A plus forte raison doit-il en être de même si, depuis cette époque, il a expressément confirmé son mariage¹.

Un assez grand nombre d'auteurs étendent cette solution au cas où la confirmation ne serait que tacite² : nous croyons au contraire que l'article 183, en envisageant la prescription d'un an comme équivalant à une confirmation implicite, s'oppose virtuellement à ce qu'on la fasse résulter de tout autre événement³.

La nullité ne peut plus être proposée ni par l'époux lui-même, ni par les ascendants :

1° Toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ces derniers.

2° Lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage.

L'action qui appartient aux ascendants et au conseil de famille s'éteint-elle par la mort ou la majorité matrimoniale de l'époux ?

On est généralement d'accord sur ce point, que l'action accordée au conseil de famille cesse dans ces conditions : la majorité ou la mort de l'enfant enlèvent, en effet, à celui-ci toute possibilité d'existence⁴.

¹ Doctrine unanime.

² Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I, p. 74 ; Toullier, *Droit civil français*, t. I, n° 614 ; Vazeille, *Tr. du mariage*, t. I, n° 271 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. V, § 462.

³ Allemand, *Tr. du mariage*, t. I, n° 593 ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. III, n° 288 ; Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n° 463.

⁴ Toullier, *Droit civil français*, t. I, n° 613 ; Marcadé, *Explication théorique et pratique*, t. I, n° 649 ; Allemand, *Tr. du mariage*, t. I, n° 588 ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. III, n° 282 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. V, § 462.

La controverse est plus vive à l'égard des ascendants. Il fut cependant reconnu au Conseil d'État que la majorité du fils ne privait pas le père de son action¹. Faut-il en dire autant de sa mort? Nous ne voyons aucun motif d'adopter ici une autre solution.

Le mariage contracté par un enfant naturel orphelin, mineur de vingt et un ans, sans le consentement d'un tuteur *ad hoc* ne pourrait pas être attaqué par ce tuteur².

En effet, le mariage une fois célébré, le tuteur *ad hoc* s'évanouit complètement; il lui faudrait, pour intenter l'action en nullité, un nouveau pouvoir, et rien n'autorise le conseil de famille à le lui conférer³.

Le mariage pourrait-il être attaqué par l'enfant lui-même? Le silence de l'article 182 sur ce point nous semble bien équivaloir à une réponse négative⁴.

L'action en nullité basée sur un empêchement dirimant relatif est absolument personnelle aux personnes à qui la loi l'accorde. Elle ne saurait être exercée par leurs créanciers, de même qu'elle ne passe pas à leurs héritiers⁵.

Quelques auteurs, invoquant surtout des considérations d'ordre moral, ont cru que l'action accordée aux ascendants passe-

¹ Locré, *Législation civile*, t. IV, p. 418.

² Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I, p. 153; Duranton, *Cours de droit français*, t. II, n° 298; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. V, § 462, texte et note 58.

Contrà, Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. III, n° 282.

³ Doctrine unanime.

⁴ Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. V, § 462, texte et note 73; Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n° 460.

Contrà, Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. I, p. 152; Duranton, *Cours de droit français*, t. II, n° 294; Dalloz, *Répertoire*, v° *Mariage*; Marcadé, *Cours analytique*, t. I, n° 650; Allemand, *Tr. du mariage*, t. I, n° 572; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. III, n° 278.

⁵ Doctrine unanime.

rait, après leur mort, aux ascendants du degré supérieur; cette opinion, qui n'a réuni d'ailleurs qu'un fort petit nombre d'adeptes est inconciliable avec le texte même de l'article 182.

D'autres auteurs enseignent que les héritiers des époux auraient le droit de continuer l'action intentée par leurs auteurs, si ces derniers venaient à décéder au cours de l'instance. Il nous paraît difficile de concilier cette opinion avec les termes si formels de l'article 180¹.

¹ Marcadé, t. I, n° 642; Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, n° 150; Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n° 458.

Contrà, Duranton, t. II, n° 271; Vazeille, *Tr. du mariage*, t. I, n° 258; Allemand, t. I, n° 537; Demolombe, t. III, n° 259; Aubry et Rau, t. V, § 462.

POSITIONS.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

DROIT ROMAIN.

- Le mariage avec *manus* est antérieur au mariage libre.
 - Les *Latini veteres* possédaient le *connubium*.
 - Dans le droit classique, le consentement du père au mariage de son fils peut n'être que tacite.
 - Les mariages entre cousins-germaines n'ont jamais été défendus par les Institutes.
 - Le mariage contracté au mépris des lois caducaires entre un ingénu et une *famosa*, un sénateur et une affranchie, est inexistant; cette union laisse néanmoins subsister un *matrimonium juris gentium*.
 - Le seul consentement ne suffit pas à la formation du mariage.
-

DROIT FRANÇAIS.

- L'erreur dans la personne ne peut entraîner l'annulation du mariage que si elle soulève une question d'identité.
- L'Église n'a jamais regardé le consentement des parents comme une condition de la validité du mariage.
- L'impuissance ne constitue pas aujourd'hui une cause de nullité de mariage.
- Il en est de même de l'engagement dans les ordres sacrés.
- Le mariage est permis entre grand-oncle et petite-nièce.

— L'article 196 s'applique aux vices qui affectent la célébration même du mariage.

— Il n'y a pas lieu de distinguer, dans notre droit, des mariages nuls et des mariages inexistants.



POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

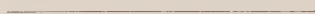
DROIT ROMAIN.

— La *capitis deminutio* n'implique pas nécessairement un amoindrissement de la capacité juridique.

— L'usufruit, même sous Justinien, ne peut s'établir par pactes et stipulations.

— La seule arrivée du terme ne met pas, en général, le débiteur en demeure.

— La *litis contestatio* laisse subsister une obligation naturelle toutes les fois que le demandeur peut reprendre l'instance sans attaquer la décision du juge.



DROIT CIVIL.

— L'article 340 s'applique toutes les fois que la femme a été séquestrée.

— On peut adopter son enfant naturel.

— L'interdit peut tester dans un intervalle lucide.

— Lorsque deux époux sont communs en biens, la totalité du trésor découvert par l'un d'eux dans un fonds à lui appartenant tombe dans la communauté.

DROIT COMMERCIAL.

— Le propriétaire d'un navire peut s'exonérer, par une clause insérée au connaissement, de la responsabilité des fautes nautiques du capitaine.

DROIT CRIMINEL.

— La tentative d'avortement dont un tiers s'est rendu coupable n'est pas punissable.

— Les condamnations à plus de trois mois de prison pour vagabondage, exigées par le § 4 de l'art. 4 de la loi du 27 mai 1885 à l'effet d'autoriser la relégation, ne peuvent être remplacées par des condamnations pour crime, ou par des condamnations à plus de trois mois pour un des délits spécifiés au § 3.

DROIT DES GENS.

— La possession d'un territoire peut se conserver *animo tantum*.

Vu par le Président de la Thèse,

A. BOISTEL.

Vu par le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

	Pages.
AVANT-PROPOS. — Généralités.	1
CHAPITRE I. Absence ou vices du consentement des époux.	21
CHAPITRE II. Absence du consentement des personnes en la puissance desquelles se trouvent les époux.	28
CHAPITRE III. Impuberté.	36
CHAPITRE IV. Défaut de jouissance du droit de cité.	39
CHAPITRE V. Engagement dans les ordres sacrés.	43
CHAPITRE VI. Parenté. — Alliance.	44
CHAPITRE VII. Inégalité de condition.	51
CHAPITRE VIII. Gestion d'une tutelle ou d'une curatelle.	59
CHAPITRE IX. Exercice d'une fonction publique dans une province.	63
CHAPITRE X. Différence de religion.	65
CHAPITRE IX. Conditions de formation du mariage.	66

DROIT FRANÇAIS.

	Pages.
AVANT-PROPOS. — Généralités.....	75
CHAPITRE I. Absence du consentement des époux. — Vices de ce consentement : erreur, violence, rapt.....	96
CHAPITRE II. Absence du consentement des personnes en la puis- sance desquelles se trouvent les époux.....	125
CHAPITRE III. Existence d'un précédent mariage.....	155
CHAPITRE IV. Impuberté. — Impuissance.....	168
CHAPITRE V. Engagement dans les ordres sacrés. — Vœu solennel de religion.....	182
CHAPITRE VI. Parenté. — Alliance. — Honnêteté publique.....	201
CHAPITRE VII. Différence de culte.....	222
CHAPITRE VIII. Crime.....	226
CHAPITRE IX. Clandestinité.....	228
CHAPITRE X. De l'action en nullité.....	271
POSITIONS.....	295

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION
